



RR

HISTORJA PRAWA RZYMSKIEGO

Biblioteka Uniwersytetu Lubelskiego

WYDZIAŁ PRAWA I NAUK SPOŁECZNO-EKONOMICZNYCH, SEKCJA PRAWNA.

Nr. 10.

Prof. J. A. POKROWSKIJ

HISTORIA PRAWA RZYMSKIEGO

PRZETŁUMACZYŁ Z ROSYJSKIEGO

WEDŁUG 3-go WYDANIA

Ks. Dr. H. INSADOWSKI



L U B L I N

1928

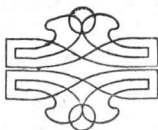


Prof. J. A. POKROWSKIJ

HISTORIA PRAWA RZYMSKIEGO

PRZETŁUMACZYL Z ROSYJSKIEGO
WEDŁUG 3-go WYDANIA
Ks. Dr. H. INSADOWSKI

II



II 41. 1810

LUBLIN
1928

C Z Ę Ś Ć II.

HISTORJA PRAWA CYWILNEGO.

SPIS RZECZY.

ROZDZIAŁ I.

HISTORJA SPOŁECZNOŚCI CYWILNEJ.

§ 1. Pojęcie społeczności cywilnej i podmiotu praw.

Str.

Pojęcie prawa cywilnego i społeczności cywilnej.
Podmioty praw — osoby fizyczne i prawne. Zdolność prawna i zdolność do działania prawnego.
Caput i status

17

I. OSOBY FIZYCZNE.

§ 2. Status libertatis.

Wolni i niewolnicy. Ogólna charakterystyka prawnego stanowiska niewolników w historii rzymskiej. W szczególności: 1. Stanowisko osobiste niewolników (ustawy z czasów cesarstwa, broniące niewolników przed samowolą panów). 2. Ich stanowisko majątkowe (nabywanie przez niewolników i ich zobowiązania; odpowiedzialność pana: noxae datio i pretorskie actiones adiecticiae qualitatis). Powstanie niewoli i jej zgaśnięcie (manumissio, jej formy i ograniczenia). Prawne stanowisko wyzwolęnców

21

§ 3. *Status civitatis.*

Cives, latini (prisci, coloniarii i Iuniani) i peregrini. Ustawa Karakalli i peregrinitas czasów późniejszych 34

§ 4. *Status familiae.*

Ogólny charakter starożytnej rodziny rzymskiej. Personae sui i alieni iuris. Agnatio i cognatio . 36

§ 5. *Capitis deminutio.*

Ogólny rozwój pojęcia capitis deminutio. Capitis deminutio maxima, media i minima. Uszczuplenie czci obywatelskiej, jego historyczne rodzaje . 40

§ 6. *Status controversia.*

Spory o status i sposoby ich rozstrzygania, w szczególności vindicatio in servitutum i in libertatem 46

II. OSOBY PRAWNE.

§ 7. *Powstanie i rozwój osób prawnych.*

Brak pojęcia osoby prawnej w dawnym prawie: stanowisko prawne res publicae, res divini iuris i korporacji prywatnych. Powstanie zdolności prawnej municypjów i rozszerzenie jej na collegia. Kwestja wolności stowarzyszeń. Stanowisko prawne fiskusa. Fundacje (causae piae). 48

ROZDZIAŁ II.

HISTORIA PRAW RZECZOWYCH.

§ 8. *Pojęcie i rodzaje praw rzeczowych.*

Ogólne pojęcie prawa rzeczowego. Rodzaje praw rzeczowych: prawna charakterystyka prawa własności; iura in re aliena—prawa korzystania z cudzej rzeczy i prawa rozporządzania nią 59

I. INSTYTUCJE PRAWA CYWILNEGO.

Str.

§ 9. Prawo własności. Rozwój pojęcia *dominium ex iure Quiritium*.

Pierwotny charakter przynależności rzeczy ruchomych. *Ius Quiritium* w stosunku do nieruchomości. Powstanie pojęcia *dominium ex iure Quiritium*. *Familia* i *pecunia*, *res Mancipi* i *nec Mancipi*. Własność peregryńska i prowincjonalna. Ograniczenia prawa własności.

63

§ 10. Formy obrotu rzeczowego.

Mancipatio, jej pochodzenie i rozwój historyczny; *nuncupatio* i zastosowanie *manypacji* do różnych stosunków. *In iure cessio*, jej pochodzenie i istota prawna. *Usucapio* i rozwój jej warunków. . . .

70

§ 11. Cywilne *iura in re aliena*.

Powstanie i rodzaje służebności gruntowych i osobistych; cywilne sposoby ich ustanowienia. Kredyt rzeczowy i surogat prawa zastawu—*fiducia*. . . .

76

§ 12. Obrona praw cywilnych.

Obrona prawa własności: *rei vindicatio* i jej rozwój historyczny. *Actio negatoria* i *actio confessoria*. Środki szczególne (*actio finium regundorum*, *actio aquae pluviae arcendae*, *cautio damni infecti* i *operis novi nuntiatio*)

81

II. INSTYTUCJE PRAWA PRETORSKIEGO.

§ 13. Rozwój obrony posiadania (*possessio*).

Pojęcie posiadania i ogólne przyczyny jego obrony. Rozwój obrony posesoryjnej w rzymskim prawie pretorskiem. Rodzaje interdyktów posesoryjnych (*interdicta retinendae* i *recuperandae possessionis*). Rozwój podstawowych zasad rzymskiej teorii posiadania (*animus* i *corpus possessionis*; *possessio* i *detentio*; *iuris quasi — possessio*).

87

- § 14. Własność bonitarna i bonae fidei possessio.
Nabycie rzeczy zapomocą wadliwego aktu prawnego; nabycie rzeczy od niewłaściciela. Potrzeba lepszej obrony tych nabywców. Edictum Publicianum i powstanie własności bonitarnej i bonae fidei possessio 94
- § 15. Prawa pretorskie na rzeczy cudzej.
Innowacje pretorskie w dziedzinie służebności. Superficies i ius in agro vectigali. Rozwój prawa zastawu: pignus i powstanie hipoteki (pierwsze jej wypadki i rozwój środków obrony). Powstanie istotnej treści prawa zastawu (lex commissoria i pactum de vendendo) 99

III. PRAWO POKLASYCZNE.

- § 16. Zjednoczenie prawa cywilnego i pretorskiego.
Zjednoczenie prawa własności. Formy obrotu rzeczowego: traditio i próby jawności (zapis gruntowy w Egipcie); reforma zasiedzenia (praescriptio ordinaria i extraordinaria). Rozwój instytucji emphyteusis. Reformy w dziedzinie prawa zastawowego (rozporządzenie cesarza Leona, hypotheca legalis i hypotheca generalis; braki systemu rzymskiego). 109

ROZDZIAŁ III.

HISTORJA ZOBOWIĄZAŃ.

- § 17. Wstęp. Ogólne pojęcie zobowiązania.
Pojęcie zobowiązań, ogólna ich treść i przyczyny powstania. 119

I. DAWNE PRAWO CYWILNE.

- § 18. Zobowiązania z przestępstw.
Rozwój ogólny zobowiązań z przestępstw. Przestępstwa według ustawy XII tablic: iniuria, furtum

(manifestum i nec manifestum; rewizja formalna i zwykła), damnum iniuria datum	120
--	-----

§ 19. Zobowiązania z umów.

Brak mocy prawnej umów w prawie pierwotnem i sposoby ich zabezpieczenia. Powstanie zobowiązań umownych. Akt prawny zamiany (fiducia). Akt prawny pożyczki. Nexum, jego zawarcie i rozwiązanie; moc prawna nexum i kwestja jego natury; osłabienie mocy wykonawczej nexum (lex Poetelia) i jego wyjście z obrotu	127
---	-----

II. SYSTEM ZOBOWIĄZAŃ PRAWA PÓŹNIEJSZEGO.

§ 20. Ogólny przebieg jego powstania.

Ważniejsze stadja i czynniki jego rozwoju. Wewnętrzny charakter ewolucji: osłabienie formalizmu, wystąpienie na plan pierwszy strony majątkowej, zasadnicze uznanie tylko pewnych typów zobowiązań. Systematyka rzymska zobowiązań. Ważniejsze dążenia prawa poklasycznego.	135
---	-----

A. ZOBOWIĄZANIA Z UMÓW.

§ 21. 1. Kontrakty słowne.

Stipulatio; jej zawarcie, pochodzenie i moc prawna. Późniejsze zmiany: zmniejszenie znaczenia formy słownej i wzrost znaczenia pisemnych cautiones; zmniejszenie charakteru abstrakcyjnego. Formy złożone stypulacji: stipulatio korealna; stipulatio akcesoryjna — adstipulatio i adpromissio (rodzaje ostatniej: sponsio, fidepromissio i fideiussio).	141
--	-----

§ 22. 2. Kontrakty literalne.

Zobowiązania księgowe czasów klasycznych: transcriptio a re in personam i a persona in personam. Chirographa i syngraphae. Pisemne cautiones prawa justynjańskiego.	152
---	-----

§ 23. 3. Kontrakty realne.	Str.
Mutuum; rozwój pożyczki nieformalnej i jej charakter prawny. Senatusconsultum Macedonianum i ustawodawstwo o procentach. Fiducia. Rozwój i charakter prawny commodatum, depositum i contractus pigneraticius. Rozwój contractus innominati.	156
§ 24. 4. Kontrakty konsensualne i t. zw. pacta vestita.	
Kupno-sprzedaż; jego rozwój historyczny i istotne składniki; dwustronna jego natura (exceptio non adimpleti contractus i zasada „periculum est emptoris“); obowiązki stron (w szczególności odpowiedzialność sprzedawcy za evictio i za wady rzeczy.— Najem i jego rodzaje. Societas. Mandatum.— Pacta nuda i pacta vestita (pacta adiecta, praetoria i legitima).	168
B. ZOBOWIĄZANIA POZAUMOWNE.	
§ 25. Zobowiązania z przestępstw.	
Przestępstwa prawa cywilnego: iniuria (actio aestimatoria), furtum, damnum iniuria datum (lex Aquilia i jej późniejsze rozszerzenie). Przestępstwa prawa pretorskiego (rapina, metus, dolus).	180
§ 26. Quasi—kontrakty i quasi—przestępstwa.	
Quasi — kontrakty (skargi z powodu niesłusznego wzbogacenia się i negotiorum gestio). Quasi — przestępstwa.	185
C. ZGAŚNIĘCIE I PRZENIESIENIE ZOBOWIĄZAŃ.	
§ 27. Zgaśnięcie zobowiązań.	
Zgaśnięcie zobowiązań formalnych (zasada contrarius actus). Solutio. Zrzeczenie się długu (acceptilatio i pactum de non petendo). Novatio. Compensatio, jej historia i urzeczywistnienie.	188
§ 28. Przeniesienie zobowiązań.	
Przeniesienie zobowiązań zapomocą delegatio i expromissio. Mandatum agendi i dalsze udoskonalenie	

cessio (actio utilis suo nomine i denuntiatio). Ograniczenia cessio w prawie późniejszym (lex Anastasiana).	192
---	-----

ROZDZIAŁ IV.

HISTORJA STOSUNKÓW RODZINNYCH.

§ 29. Ogólna historja małżeństwa.

Dawniejsze małżeństwo cum manu i sposoby jego zawarcia (confarreatio, coemptio i usus). Powstanie małżeństwa sine manu i wyjście z użycia form dawnych. Zawarcie małżeństwa sine manu i jego rozwiązanie. Ustawodawstwo małżeńskie Augusta i jego następstwa (konkubinat, incapacitas dla coelibes i orbi, forma rozvodu). Kary za nieuzasadniony rozwód; wstąpienie w powtórne związki małżeńskie i rok żałoby. Ogólna charakterystyka rzymskiego prawa małżeńskiego	197
---	-----

§ 30. Stosunki pomiędzy małżonkami.

Stosunki osobiste i majątkowe przy dawnem małżeństwie cum manu. Małżeństwo sine manu. Stosunki osobiste. Stosunki majątkowe: zasada odrębności majątkowej i instytucje modyfikujące ją: a) dos; pojęcie, rozwój historyczny i stanowisko prawne; b) donatio propter nuptias.	207
--	-----

§ 31. Stosunki pomiędzy rodzicami i dziećmi.

Zasada patria potestas (stanowisko matki, stanowisko dzieci nieprawych). Dawniejsza treść patria potestas. Późniejsze jej ograniczenie w stosunkach osobistych i majątkowych (peculium castrense, quasi — castrense, bona adventicia). Powstanie patriae potestatis (legitimatio, arrogatio, adoptio) i jej zgaśnięcie (emancipatio).	214
---	-----

§ 32. Opieka i kuratela.

Ogólna historia instytucji opieki (dawniejsza opieka, jako prawo i późniejsza, jako *munus publicum*). Tutela i cura. Rola opiekuna i jego odpowiedzialność. Poszczególne rodzaje opieki: tutela impuberum i cura minorum (określenie dojrzałości, *lex Plaetoria*), tutela mulierum (stanowisko prawne kobiet), cura furiosi i prodigi. 222

ROZDZIAŁ V.

HISTORIA DZIEDZICZENIA.

§ 33. Ogólny przebieg rozwoju rzymskiego prawa spadkowego.

Ogólne pojęcie dziedziczenia. Rozwój dziedziczenia jako sukcesji uniwersalnej w historii prawa rzymskiego. *Hereditas legitima*, *hereditas testamentaria* i dziedziczenie konieczne. Powstanie pretorskiego systemu bonorum possessio (kwestja jego pochodzenia, stosunek jego do dziedziczenia cywilnego, bonorum possessio *decretalis* i *edictalis*). Ustawodawstwo czasów cesarskich. 235

§ 34. Historia rzymskiego testamentu.

Najdawniejsze formy testamentu: *testamentum calatis comitiis* (kwestja jego natury prawnej) i *testamentum in procinctu*. *Testamentum per mancipationem* (ustny i pisemny) i jego rozwój. Testament pretorski. Testament prawa justynjańskiego. Materialne warunki testamentu: *testamentifactio*, *institutio heredis*, *substitutio*. Otwarcie testamentu. 245

§ 35. Dziedziczenie ab intestato.

Porządek dziedziczenia ab intestato według ustaw XII tablic. Bonorum possessio ab intestato według edyktu pretorskiego. Ustawodawstwo czasów cesarskich. Reformy Justynjana (nowele 118 i 127). 254

§ 36. Dziedziczenie konieczne.

Pojęcie dziedziczenia koniecznego. Formalne dziedziczenie konieczne (przepisy o exheredatio prawa cywilnego, edyktu pretorskiego i prawa justynjańskiego). Materjalne dziedziczenie konieczne, jego rozwój (querela inofficiosi testamenti) i treść. Reforma Justynjana (nowela 115). 262

§ 37. Nabycie spadku.

Delatio i acquisitio hereditatis. Nabycie cywilnej hereditas: heredes domestici (necessarii) i extranei (voluntarii). Nabycie bonorum possessio. Stanowisko spadku w międzyczasie od delatio do acquisitio (usucapio pro herede i hereditas iacens). Cessio hereditatis, transmissio i ius accrescendi. 268

§ 38. Stanowisko dziedzica po nabyciu spadku.

Ogólna zasada i jej stopniowe ograniczenia: beneficium separationis i beneficium inventarii. Środki ochrony dziedzica. Stosunki pomiędzy kilku współdziedzicami. Collatio. Indignitas. 274

§ 39. Legata i fideicommissa.

Pojęcie legatu i jego najdawniejsze rodzaje. Fideicommissa. Stopniowe zlanie się jednych z drugimi. Kodycyl. Ograniczenia wolności zapisów. Legatum partitionis i uniwersalny fideikomis (senatusconsulta Trebellianum i Pegasianum). Mortis causa donatio i mortis causa capio. 279

Skorowidz 288

ROZDZIAŁ I¹.

HISTORIA SPOŁECZNOŚCI CYWILNEJ.

§ 1. POJĘCIE SPOŁECZNOŚCI CYWILNEJ I PODMIOTU PRAW.

Prawo, jako zbiór pewnych ogólnie obowiązujących przepisów (prawo w znaczeniu przedmiotowym), ma za zadanie regulowanie stosunków pomiędzy ludźmi. Jedne z tych stosunków bywają regulowane w sposób przymusowy, tak że poszczególne osoby prywatne przez swoją wolę, przez swoją umowę nie mogą ich zmienić: wszystkie przepisy w tej dziedzinie pochodzą od jednego tylko centrum, od jednej tylko woli — woli państwa. Należy tu dziedzina prawa państwowego, prawa karnego i t. p., słowem dziedzina prawa publicznego. I w tem znaczeniu prawo publiczne można scharakteryzować jako system centralizacji prawnej: jest ono całkowicie przesiąknięte duchem subordynacji, zasadą władzy i podwładności.

W innych dziedzinach stosunków państwo trzyma się odrębnej metody: nie reguluje ich samo i w sposób przymusowy, lecz czynność tę pozostawia woli i umowie jednostek prywatnych; samo zaś odgrywa rolę władzy, broniącej tego, co zostanie ustanowione przez osoby prywatne. Jeżeli w niektórych razach stanowi pewne normy, to według ogólnej zasady czyni to jedynie na wypadek, gdyby osoby prywatne z pewnych względów swoich przepisów nie wydały. Wskutek tego przepisy prawa w tych dziedzinach nie posiadają charakteru przymusowego (*ius cogens*), lecz jedynie uzupełniający, dyspozytywny (*ius dispositivum*) i przez wolę prywatną mogą być zmienione (*pactis privatorum mutari possunt*).

¹ Ponieważ część druga dzieła wychodzi w tłumaczeniu jako odrębna całość, stąd też numeracja rozdz. i paragrafów rozpoczyna się od początku.

W tym wypadku państwo nie uważa siebie za jedyne centrum przepisów, lecz przeciwnie występuje tu mnóstwo małych autonomicznych ośrodków, które same regulują swoje stosunki. W ten sposób mamy tu system decentralizacji prawnej, dziedzinę nie subordynacji, a koordynacji, dziedzinę inicjatywy prywatnej i samodzielności prywatnej. I to stanowi dziedzinę prawa prywatnego lub cywilnego — *ius privatum*. Tę właśnie myśl mieli na względzie i prawnicy rzymscy, gdy mówili: „*Publicum ius est quod ad statum rei romanae spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem*” (Ulpianus, fr. 1. 2. D. 1. 1.).

Systemy te, tak centralizacji, jak i decentralizacji prawnej, tak prawo publiczne, jak i prywatne, uzupełniają się wzajemnie i w równej mierze są niezbędne dla zdrowego organizmu społecznego. Zakres prawa prywatnego w historii może być szerszy lub węższy, lecz wątpliwem jest, czy mogłoby ono kiedykolwiek być zupełnie usunięte. W każdym razie w dziejach ludzkości było ono potężnym czynnikiem postępu.

„Nie zawsze istniało prawo prywatne i własność prywatna w znaczeniu dzisiejszem. W początkowych fazach rozwoju panuje naiwny komunizm, który uważa majątek narodowy za majątek wspólny wszystkich pełnoprawnionych członków związku (wojskowych) i dzieli go pomiędzy nich w sposób prawnopubliczny. W czasach starożytnych istnieje tylko naród, masa. Prawo publiczne jest wszystkim. Dopiero powoli powstaje prawo prywatne, a wraz z niem i własność prywatna, aby zabezpieczyć poszczególnemu indywiduum dziedzinę wyłącznego jego panowania. Powstanie prawa prywatnego jest oznaką wystąpienia na widowni indywiduum, wyodrębnienia się życia indywidualnego z życia gromady. Obok narodu powstaje obecnie drugie wielkie mocarstwo w historii — dochodząca do świadomości samej siebie osobowość. Bierze ona w swoje ręce inicjatywę rozwoju narodowego; porywa bogom cgień, aby jasną pochodnią oświecać drogę całej ludzkości”¹.

¹ *Sohm, Systematische Rechtswissenschaft* w dziele „*Kultur der Gegenwart*”, 1906, str. 1—2.

Główną dziedzinę prawa prywatnego stanowią stosunki majątkowe pomiędzy poszczególnymi osobami; zupełnie słusznie odnoszą się tu również stosunki rodzinne: podstawa tych stosunków, małżeństwo, opiera się na prywatnej woli poszczególnych osób.

Prawo prywatne, jak zaznaczyliśmy, w zasadzie uznaje istnienie mnóstwa poszczególnych ośrodków autonomicznych. Około tych ośrodków grupują się poszczególne przedmioty majątkowe, rzeczy i tworzą przy każdym z nich oddzielną dziedzinę ekonomiczną, jego majątek, jego gospodarstwo. Pomiedzy temi ośrodkami powstają rozmaite stosunki gospodarcze; od ośrodków tych pochodzą różnorodne bodźce, przerzucające przedmioty majątkowe z jednej dziedziny do drugiej. Jeżeli społeczność, jako taka, może być porównywana z organizmem, to ośrodki te są żywymi komórkami organizmu społecznego.

Te oto ośrodki życia gospodarczego, komórki organizmu cywilnego, noszą nazwę podmiotów prawa prywatnego, cały zaś ich zespół wewnątrz danego państwa stanowi to, co nazywamy społecznością cywilną.

Celem ostatecznym wszystkich instytucyj prawnych jest oczywiście, człowiek, jako osobowość, jako indywiduum. Łączenie się ludzi w związki i państwa, tworzenie różnorodnych instytucyj prawnych, ma na celu jak najlepsze zabezpieczenie istot indywidualnych; dlatego też już prawnicy rzymscy głosili: „*Omne ius hominum causa constitutum est*”. Główną masę wspomnianych ośrodków prywatno-prawnych, podmiotów praw, stanowią ludzie, osoby w znaczeniu zwykłym, fizycznym, czyli tak zwane osoby fizyczne.

Błędne byłoby jednak mniemanie, że społeczność cywilna zawsze i koniecznie pokrywa się ze społecznością w znaczeniu zwykłym, w znaczeniu zespołu wszystkich indywiduów, wchodzących w skład danego państwa.

Z jednej strony istnieją społeczeństwa, w których nie wszyscy ludzie są uważani za podmioty cywilno-prawne i w tym wypadku społeczność cywilna będzie posiadać zakres węższy, niż społeczność w znaczeniu zwykłym. Tak będzie, np. tam gdzie istnieje niewolnictwo.

Z drugiej strony często interesy ludzkie wymagają, aby w charakterze samoistnego ośrodka życia gospodarczego była uznana nie tylko poszczególna osoba fizyczna czyli człowiek, lecz także pewien ich zespół (ród, cech, korporacja), albo niezależna od nich instytucja (szpital, przytułek). W tym wypadku zakres społeczności cywilnej rozszerza się: w skład jej wchodzi podmioty - nieludzie, albo jak je zwykle nazywa się osoby prawne.

Stosownie do tego historia społeczności cywilnej ma przed sobą dwojakie zadanie: z jednej strony badanie ewolucji stanowiska prawnego osób — ludzi, a z drugiej wyjaśnienie powstania i rozwoju historycznego, tak samej idei, jak również poszczególnych rodzajów osób prawnych.

Zdolność być podmiotem prawa cywilnego, czyli zdolność posiadania praw, nazywa się zdolnością prawną; zdolność czynnego, własnowolnego brania udziału w życiu cywilnem (zawierania aktów prawnych) nazywa się zdolnością do działania prawnego. Chociaż do pełni przymiotów podmiotu prawa wymaga się obydwóch zdolności, dla samego jednak pojęcia podmiotu istotne znaczenie posiada tylko zdolność prawna. Można być podmiotem praw, a jednocześnie być pozbawionym samodzielnego rozporządzania swymi prawami; samodzielności takiej nie posiadają, np. małoletni, umysłowo chorzy i t.p., którzy mimo to nie przestają być ośrodkami pewnej dziedziny majątkowej, czyli podmiotami; brakująca im zdolność do działania prawnego bywa uzupełniana przez ich opiekunów.

Zdolność być podmiotem prawa cywilnego prawnicy rzymscy oznaczali zapomocą wyrazu *caput*; istnienie tej zdolności wyrażano zapomocą terminu *caput habere*, a brak jej zapomocą terminu *caput non habere* albo *nullum caput habere* (np. § 4 In. 1. 16); podmiot, posiadający zdolność prawną, nazywa się *persona*. W zastosowaniu do ludzi (osób fizycznych) istnienie zdolności prawnej zależało od trojkiego stanu człowieka: *status libertatis*, *status civitatis* i *status familiae*. „*Tria sunt, quae habemus: libertatem, civitatem, familiam*” (Paulus, fr. 11. D. 4. 5).

I. OSOBY FIZYCZNE.

§ 2. STATUS LIBERTATIS.

W ciągu całej historii głównym zasadniczym warunkiem cywilnej zdolności prawnej w prawie rzymskiem było posiadanie wolności. Niewolnik, *servus*, nie jest podmiotem praw, lecz przedmiotem, nie jest osobą, *persona*, lecz rzeczą, *res*. Z biegiem czasu faktyczne stanowisko niewolników mogło ulegać zmianom, polepszać się lub pogarszać, lecz ta zasada prawna pozostała nienaruszona. Życie realne, jak zobaczymy, doprowadziło do tego, że prawo rzymskie w wielu wypadkach odstąpiło od logicznych skutków tej zasady, lecz wszystkie te odstępstwa do końca posiadały charakter wyjątków i nie były w stanie zachwiać podstawowej zasady, iż „*servi res sunt*”.

Pierwszem źródłem niewoli w historii narodów jest wojna i zabieranie do niewoli¹, lecz zabieranie do niewoli na wojnie odnosi się już do pewnego stosunkowo wyższego stopnia rozwoju gospodarczego. Początkowo zwycięzcy nie czuli potrzeby zatrzymywania jeńców dla siebie, dla swego gospodarstwa, gdyż w czasie pierwotego bytu ekonomicznego nie było nawet możliwości zużytkowania ich pracy. Stąd też jeńców albo wprost zabijano, albo jeżeli zachowywano, to jedynie w celu otrzymania wykupu. Dopiero znacznie później, zazwyczaj od chwili przejścia do życia osiadłego i rolniczego, zaczęto jeńców zachowywać (*servi*) i od tej chwili powstaje instytucja niewoli, która w następstwie do tego stopnia zrasta się z życiem społecznem, że przez długie wieki zdaje się być instytucją samej natury, czemś naturalnem i koniecznem.

W Rzymie niewola jest instytucją odwieczną: istnieje już od samego zarania jego historii; co jest zupełnie zrozumiałe, ponieważ naród rzymski już od najdawniejszych czasów był narodem rolniczym. Lecz w tych czasach pierwotnych instytucja niewoli faktycznie bardzo różniła się od tej, jaką stała się później, w epoce bogactw i wielkich majątków.

¹ *Ed. Meyer, Die Slavery im Altertum, 1898. Ciccotti, Der Untergang der Slavery im Altertum, 1909.*

Ilość niewolników nie była wielka; niewolnikami byli jeńcy, pochodzący z plemion sąsiednich, przeważnie spokrewnionych z Rzymianami. Pan widział swego niewolnika przedtem w szeregach nieprzyjacielskiego wojska, jako równego sobie przeciwnika i zabrał go, być może, dopiero po bohaterskiej obronie. W myśli pana nie zdołało się jeszcze zatrzeć wspomnienie o osobistej, ludzkiej godności obecnego niewolnika, nie mógł jeszcze powstać pogląd, że niewolnicy stanowią specjalny, niższy rodzaj istot ludzkich. Dla dawnego Rzymianina niewola była jedynie dowodem zmienności losu: dzisiaj jest on zwycięzcą i panem niewolnika, a jutro brat tego niewolnika (lub nawet sam niewolnik) może stać się jego panem.

Z drugiej strony same warunki życia nie stwarzały wielkiej różnicy pomiędzy panem i niewolnikiem. W małym gospodarstwie rolnem obok niewolnika i narówni z nim dźwigali ciężar pracy, sam gospodarz i jego domownicy; tak samo żyli i żywili się, jak on. Niewolnik stawał się członkiem rodziny i wobec patryarchalnego władcy domu prawie nie odróżniał się od innych członków rodziny (żony, dzieci). Naturalnie niewolnik jest rzeczą i podlega nieograniczonej władzy swojego pana, który każdej chwili może go nawet pozbawić życia, ale takie samo prawo przysługuje prawnie władcy domu i w stosunku do wolnych członków rodziny, z drugiej zaś strony same faktyczne warunki życia sprawiały, że zasada „*servi res sunt*” nie posiadała ścisłego zastosowania.

Z biegiem czasu wszystko to ulega zmianie. Społeczeństwo rzymskie różniczkuje się; biedni nie posiadają niewolników, natomiast bogaci w swych olbrzymich majątkach posiadają ich całe masy; pomiędzy panem i niewolnikiem nie tylko prawnie, ale i faktycznie tworzy się przepaść nie do przebycia. Ogólna ilość niewolników dochodzi do olbrzymich rozmiarów, a przez to osobowość ich traci wszelką wartość. Zwykłym sposobem nabycia niewolników jest kupno, a rozumie się, że niewolnik kupiony faktycznie łatwiej mógł być uważany za rzecz, za własność nabywcy. Główna część niewolników pochodziła z krajów dalekich (Azji, Afryki i odleglejszych stron Europy); byli to zazwyczaj ludzie innej rasy, innej kultury,

innego wyglądu zewnętrznego. Wszystko to bardzo pomagało do traktowania ich jako istoty niższe, a przyrównywanie ich do zwierząt (*quadrupedes*) stało się nie tylko formą prawną, lecz także rzeczywistością.

Mimo to jednak, nawet w czasach najbardziej ponurych (na schyłku *res publica*), prawo rzymskie nie było w stanie konsekwentnie i wszechstronnie przeprowadzić zasady „*servi res sunt*”. Z jednej bowiem strony osobowość naturalna niewolnika dawała o sobie znać i zmuszała do pewnego uznania jej, a z drugiej strony przeprowadzenie zasady, że niewolnik jest tylko rzeczą, z rozwojem stosunków gospodarczych nie było nawet w interesie samych panów. Wskutek tego widzimy cały szereg wyjątków i stały dualizm rzymskich przepisów prawnych o niewoli.

Dualizm ten z biegiem czasu potęguje się i szczególnie jaskrawo występuje w okresie cesarstwa. Ilość niewolników w tym czasie znacznie zmniejsza się, a wskutek tego podnosi się ich wartość ekonomiczna. Z drugiej strony pod wpływem filozofii stoickiej, a później religii chrześcijańskiej, podnosi się poczucie etyczne. Cesarze wydają szereg przepisów prawnych, mających na celu obronę niewolników przed okrucieństwem panów, a prawnicy klasyczni przeprowadzają ideę, że niewola jest instytucją prawa pozytywnego i że sprzeciwia się zasadom prawa naturalnego. Tak np. *Ulpianus* powiada: „*Quod attinet ad ius civile, servi pro nullis habentur; non tamen et iure naturali, quia quod ad ius naturale attinet, omnes homines aequales sunt*” (fr. 32. D. 50. 17); albo *Tryphoninus*: „*Libertas naturali iure continetur et dominatio ex iure gentium introducta est*” (fr. 64. D. 12.6). Dzięki temu wytwarza się w dziedzinie prawa dążenie do tłumaczenia wszystkiego, gdzie tylko jest to możliwe, na korzyść wolności—t. zw. *favor libertatis*: „*Quotiens dubia interpretatio libertatis est, secundum libertatem respondendum erit*” (*Pomponius* — fr. 20. D. 50.17).

Wewnętrzna sprzeczność rzymskich przepisów prawnych o niewoli występuje tak w dziedzinie osobistej jak i majątkowej prawnego stanowiska niewolników,

1. Stanowisko osobiste niewolników. W zasadzie niewolnik nie jest podmiotem, lecz przedmiotem, nie jest persona, lecz res. Niewolnicy nullum caput habent (§ 4 In. 1. 16); według Paraphrasis Teofila są „bezosobowi” — ἀπρόσωποι. Prawo pana w stosunku do niewolnika jest zwykłym prawem własności — dominium lub proprietas. Przytem stanowisko niewolnika, jako rzeczy, wynika nietylko z tego, że ktoś posiada w stosunku do niego prawo, lecz jest jakby naturalną, przyrodzoną jego właściwością. Dlatego też niewolnik pozostaje niewolnikiem nawet wówczas, gdy chwilowo nie posiada pana, np. w razie porzucenia go przez pana (servus derelictus). W tym wypadku niewolnik staje się servus nullius i podobnie jak każda rzecz bezpańska podlega wolnej occupatio ze strony wszystkich. Niewolnik w zasadzie jest rzeczywistym przedmiotem, a nie podmiotem, nie jest nawet „biernym podmiotem posłuszeństwa”. Mimo to prawnicy rzymscy mówią często o persona servi, tak np. Gajus rozpoczyna swój wykład o niewolnikach od następującego zdania: „Et quidem summa divisio de iure personarum haec est, quod omnes homines aut liberi sunt aut servi” (Gai. 1. 9). Patrząc na prawo pana w stosunku do niewolnika, jako na zwykłą własność, niejednokrotnie prawnicy nazywają to prawo potestas (np. Gai. 1. 52), co wskazuje już na uznawanie pewnego pierwiastka osobowego w stosunkach pomiędzy panem i niewolnikiem.

Praktyczne uznawanie osobowości ludzkiej niewolników uwidoczniło się w następujących przepisach.

Prawdopodobnie już w czasach bardzo dawnych powstała zasada, że chociaż niewolnik jest rzeczą narówni z cetera animalia, miejsce pochowania niewolnika jest locus religiosus, w tym samym stopniu, jak grób człowieka wolnego (fr. 2 pr. D. 11. 7).

Następnie uznawano związki pokrewieństwa rodzinnego pomiędzy niewolnikami — cognationes serviles: w bliższych stopniach pokrewieństwa stanowiły one przeszkodę do małżeństwa (§ 10 In. 1. 10). W prawie klasycznym istniał nawet przepis, zabraniający, przy oddawaniu niewolników

w inne ręce, rozdzielania bliskich krewnych, np. żony od męża lub dzieci od rodziców (fr. 35 D. 21. 1).

W starożytności prawo pana w stosunku do niewolnika było prawnie nieograniczone: pan mógł karać niewolnika w sposób dowolny, mógł nawet go zabić (*ius vitae ac necis*). Lecz w czasach cesarstwa powstaje szereg ograniczeń pod tym względem: zakazuje się, według słów Gajusa (Gai. 1. 52), „*supra modum et sine causa in servos suos saevire*”. W szczególności *lex Petronia* (prawdopodobnie z 19 r. po Chr.) zabrania oddawania niewolników *ad bestias depugnandas* (t. j. na gladiatorów—fr. 11 D. 48. 8); na mocy edyktu cesarza Klaudjusza chory i stary niewolnik porzucony przez swego pana stawał się wolnym (c. 1. 3 Cod. 7. 6). Daleko ważniejsze pod tym względem były dwa rozporządzenia cesarza Antonina Piusa: jedno z nich nakładało na pana za zabójstwo swego niewolnika bez słusznego powodu (*sine causa*) taką samą karę, jak za zabójstwo cudzego; drugie zaś nakazywało władzom w tych wypadkach, w których niewolnik z powodu okrutnego postępowania swego pana był zmuszony szukać schronienia w świątyni lub u stóp posągu cesarza, rozpatrzenie sprawy i zmuszenie pana do sprzedania niewolnika (Gai. 1. 53). Czy przepisy te osiągnęły swój cel—to kwestja inna, w każdym razie prawnie władza pana nad niewolnikiem przestała już być nieograniczoną.

2. Stanowisko majątkowe niewolników. Niewolnik, jako rzecz, nie mógł posiadać żadnego majątku, ani żadnych praw. Z zasady tej logicznie wynikałoby, że wola i czyny niewolnika nie posiadają żadnego znaczenia prawnego. Zastosowanie jednak tej zasady w życiu nie było pożądane dla samych panów. Niewolnika można wykorzystać jako agenta do prowadzenia różnych spraw, lecz do urzeczywistnienia tego konieczne było uznanie, przynajmniej w pewnych granicach, mocy prawnej ich czynności. I rzeczywiście rozwój prawa, nie patrząc na logiczną sprzeczność, idzie w tym kierunku.

Już od czasów bardzo dawnych niewolnik otrzymał zdolność do nabywania—oczywiście na korzyść swojego pana. Nietylko to, co nabywał własną pracą, przechodziło *ipso iure* na jego pana, ale również to, co otrzymał zapomocą aktów

prawnych (kupna, darowizny i t. d.). Posiadał zatem zdolność do zawierania aktów prawnych, czyli zdolność do działania prawnego. Jest uważany za pewnego rodzaju organ wykonawczy swojego pana, za *instrumentum vocale*, a wskutek tego jego zdolność do działania prawnego wypływa nie z jego osoby, lecz z osoby pana *ex persona domini*; według słów Teofila, niewolnicy „ἐκ τῶν προσώπων τῶν οἰκείων δεσπότην χαρακτηρίζονται”—otrzymują swoje znaczenie prawne od osobowości swych panów. Wobec tego niewolnik może zawierać te wszystkie akty prawne, które może zawierać jego pan; pan znów na podstawie tych aktów prawnych może wnosić wszelkie skargi zupełnie tak samo, jakgdyby zawierał je osobiście.

Chociaż wszystko co niewolnik nabył należy do pana, to jednak zobowiązania niewolników panów nie obowiązują: pan za nie nie odpowiada, ponieważ uznanie takiej odpowiedzialności sprzeciwiałoby się interesom panów. „*Melior condicio nostra per servum fieri potest, deterior non potest*” (fr. 153 D. 50. 17). Mimo to i pod tym względem powstał cały szereg wyjątków.

Już w dawnym prawie cywilnem istniał przepis, że jeżeli niewolnik przez swój czyn wyrządzi komu szkodę (popęłni kradzież, zniszczy rzecz cudzą), to pan obowiązany jest albo wynagrodzić szkodę (*noxiam sarcire*), albo wydać winowajcę poszkodowanemu (*noxae dedere*). Przytem odpowiedzialność ta przechodzi wraz z niewolnikiem od jednego pana do drugiego, np. w razie sprzedaży niewolnika: *nox caput sequitur*. W tym wypadku niewolnik nie różni się jeszcze od zwierzęcia, ponieważ podobny przepis stosowano również w razie wyrządzenia szkody przez zwierzęta (*actio de pauperie*). Później prawnicy zaczęli tu upatrywać nie tylko odpowiedzialność pana, lecz także zobowiązanie samego niewolnika i zgodnie z tem, w razie wyzwolenia niewolnika z niewoli, zaczęto udzielać przeciwko niemu samemu skargi cywilnej o odszkodowanie, jeżeli naturalnie przedtem nie zostało wynagrodzone.

Co się tyczy zobowiązań, wynikających z umów, zawartych przez niewolnika, to według dawnego prawa cywil-

nego nikogo one nie obowiązują: ani pan nie odpowiada za niewolnika, ani przeciw niewolnikowi nie można wszczynać skarg—*cum servo nulla actio est* (fr. 107 D. 50 17). Z biegiem jednak czasu zaczęto i tu upatrywać pewnego rodzaju zobowiązanie niewolnika, chociaż niezaskarżalne, a tylko t. zw. *obligatio naturalis*: skargi przeciw niewolnikowi nie wolno wszczynać nawet w tym wypadku, gdy stanie się on później wolnym, lecz jeżeli niewolnik dobrowolnie zapłaci, to bez powodu nie może żądać zwrotu tego, jako rzeczy niesłusznie świadczonej (fr. 14. D. 44. 7).

Brak odpowiedzialności ze strony pana za zobowiązania zaciągnięte przez niewolnika był wogóle wygodny dla pana, w niektórych jednak wypadkach mógł okazać się niewygodnym. Rozwój życia ekonomicznego i wzmożenie się czynności w przemyśle i handlu otwierały dla panów nowe drogi eksploatacji niewolników, lecz drogi te mogły prowadzić do celu jedynie pod warunkiem uznania pewnej odpowiedzialności pana za czynności niewolników. Uznanie to przynosi edykt pretorski, który dopuszcza w pewnych wypadkach skargi przeciwko panom. Wszystkie te skargi noszą ogólną nazwę *actiones adiecticiae qualitatis*, a to dlatego, że do wspomnianego wyżej naturalnego zobowiązania samego niewolnika (*obligatio naturalis*) dołącza się — *adiicitur* — odpowiedzialność zaskarżalna jego pana. Wypadki tego rodzaju są następujące:

1) Już bardzo wcześnie istniał w Rzymie zwyczaj udzielania niewolnikowi pewnej gospodarczej samodzielności, w tym naturalnie celu, aby mógł on łatwiej rozwinąć swoją działalność gospodarczą na korzyść swego pana: niewolnika osadzano na roli, dawano mu niezbędny inwentarz i kazano gospodarować samodzielnie, jedynie pod warunkiem płacenia panu pewnego czynszu; jeżeli niewolnik był rzemieślnikiem, to dawano mu potrzebne przyrządy i kazano prowadzić swój fach; jeżeli niewolnik posiadał zdolność do handlu, to kazano mu zajmować się handlem i t. d. Majątek ten wydzielony niewolnikowi albo podwładnemu synowi do samodzielnego gospodarowania nazywał się *peculium* (wyraz zdrobniały od *pecus*). Prawnie pozostawał on własnością pana, który w każdej chwili

mógł go odebrać z powrotem. W celu lepszego prowadzenia gospodarstwa niewolnik czynszowy często musiał zawierać umowy z rozmaitemi osobami i zaciągać zobowiązania, lecz osoby te wówczas dopiero zechcą zawierać z niewolnikiem akty prawne, gdy będą pewne, że ich prawa otrzymane na podstawie tych umów będą odpowiednio zabezpieczone. Jeżeli pożądanego było podobne rozszerzenie gospodarczej działalności niewolników, to konieczne było również stworzenie tych gwarancji. Stąd też pretor zaczyna udzielać w podobnych wypadkach skargi bezpośrednio przeciwko panu, nakładając na niego odpowiedzialność przynajmniej w granicach wysokości *peculium*—t. zw. *actio de peculio*. Z racji *peculium* mogły powstawać stosunki prawne pomiędzy niewolnikiem i samym panem. Jeżeli *peculium* było majątkiem przeznaczonym do prowadzenia handlu (*merx peculiaris*), to pan co do swych pretensyj do niewolnika stał narówni z innymi wierzycielami i w razie niewypłacalności niewolnika winien był proporcjonalnie zaspokoić wszystkich. W razie niesprawiedliwego podziału przysługiwała przeciwko panu *actio tributoria*.

2 i 3) Pan mógł również bez wydzielania *peculium* uczynić niewolnika zarządcą swego przedsiębiorstwa handlowego lub oddziału filjalnego albo też kapitanem okrętu handlowego. Dla tych samych racji i tu konieczna była odpowiedzialność pana za akty prawne niewolników zawarte w granicach zleconego im dzieła. Odpowiedzialność tę urzeczywistniano zapomocą dwóch skarg: w pierwszym wypadku zapomocą *actio institoria* (*institor*—zarządca), a w drugim zapomocą *actio exercitoria* (*exercitor*—właściciel okrętu handlowego; niewolnik, jako kapitan okrętu, nosi nazwę *magister navis*). W obydwóch wypadkach odpowiedzialność pana była całkowita: nie ograniczała się ani do wartości zleconego niewolnikowi interesu handlowego ani do wartości okrętu.

4) Pan odpowiadał całkowicie (*in solidum*) również w tym wypadku, gdy niewolnik zawarł akt prawny na podstawie uprzedniego porozumienia pana z kontrahentem, na podstawie *iussus domini* (np. pan, wyjeżdżając, prosi swego znajo-

mego, aby w razie potrzeby pożyczał pieniądze niewolnikowi); skarga w tym wypadku nazywała się *actio quod iussu*.

5) Wreszcie pan odpowiadał za akty prawne niewolnika i wówczas, gdy wskutek tych aktów niewolnika jakaś rzecz lub kwota pieniędzy przeszła do jego majątku (*in rem domini verum est*: np. niewolnik pożyczył od kogoś 100 z nich 60 wydał, a 40 oddał panu). Pretor dawał przeciwko panu *actio de in rem verso*, ale tylko na tę wartość, którą pan w rzeczywistości otrzymał (w powyższym wypadku tylko na 40).

Tak przedstawia się ogólne (osobiste i majątkowe) stanowisko prawne niewolników. Niewolnicy państwowi (*servi publici*) znajdowali się w nieco lepszym położeniu: mogli nawet rozporządzać połową swego majątku (*peculium*) zapomocą testamentu (*Ulpiani regulae* 20. 16).

Lecz również niewolnicy osób prywatnych niekiedy uzyskiwali większą samodzielność faktyczną. Lepszy z panów obdarzali swych niewolników znaczną swobodą gospodarczą, tak np. Plinusz opowiada, iż niewolnicy jego „*dividunt, donant, relinquunt dumtaxat intra domum*” i że pozwala im nawet sporządzać testamenty, które zachowuje jak prawne (*Plin. Epist. VIII. 16*). Zdolny niewolnik mógł zebrać sobie w postaci *peculium* znaczny majątek; bardzo często niewolnicy posiadali nawet swoich niewolników—t. zw. *servi vicarii*. Nabywszy majątek, niewolnicy częstokroć wykupywali się z niewoli. Chociaż prawnie pan mógł każdej chwili pozbawić niewolnika tej samodzielności przez odebranie mu *peculium*, faktycznie jednak, zdaje się, wypadki tego rodzaju były rzadkością i były potępiane. W czasach cesarstwa istnieje nawet pod tym względem pewien nadzór władzy państwowej. Tak np. jeżeli niewolnik dał komuś pewną kwotę w tym celu, aby ten człowiek wykupił go i wypuścił na wolność, to w razie niespełnienia tego, niewolnik mógł zwrócić się ze skargą do *praefectus urbi*, a *praefectus* po rozpatrzeniu sprawy *extra ordinem* zmuszał do wykonania zobowiązania. W ten sposób niewolnicy, nie posiadając prawa do korzystania ze skarg w drodze zwykłego postępowania sądowego (*actio*), mogą zwracać się do władz ze skargą *extra ordinem*; skutkiem tego

było, że oprócz wymienionych przepisów prawnych odnośnie do niewolników wytwarza się pewien szczególny ich rodzaj — *ius extraordinarium*, który do pewnego stopnia zmienia ogólne stanowisko prawne niewolników.

Jeżeli obecnie przejdziemy do sposobów powstania niewoli, to najdawniejszem jej źródłem, jak już wiadomo, było zabieranie do niewoli: wszyscy zabrani przez Rzymian na wojnie do niewoli stawali się niewolnikami, przyczem w czasach historycznych dostawali się w ręce osób prywatnych wskutek rozsprzedaży ich lub rozdania przez państwo. Drugiem niemniej dawnem źródłem było pochodzenie od matki niewolnicy: każde dziecko niewolnicy stawało się niewolnikiem niezależnie od tego, czy ojcem był niewolnik, czy człowiek wolny. Gdy w czasach cesarstwa powstało wyżej wspomniane dążenie — *favor libertatis*, to wytworzyła się zasada, że dziecko niewolnicy winno być uważane za wolne, jeżeli matka jego podczas ciąży przynajmniej przez chwilę była wolna. Następnie niewolników nabywano w drodze kupna od handlarzy zagranicznych. Oprócz tego w niektórych wypadkach człowiek wolny mógł stać się niewolnikiem. Edykt pretorski stanowił, że ten kto świadomie w celach zysku (*pretii pricipandi gratia*) sprzedaje siebie, jako niewolnika, staje się rzeczywiście niewolnikiem. Według edyktu cesarza Klaudjusza, kobieta wolna, która wstąpiła w związki z niewolnikiem i nie zerwała ich mimo żądania pana, stawała się także niewolnicą. W końcu pewne przestępstwa pociągały za sobą, jako karę, stanowisko niewolnika państwowego (*servus poenae*). Ostatnie dwa rodzaje zostały przez Justynjana zniesione.

Zgaśnięcie niewoli. Zwykłym sposobem zgaśnięcia niewoli było wyzwolenie — *manumissio*, czyli wypuszczenie na wolność przez pana. Bardzo prawdopodobną jest rzeczą, że w czasach pierwotnych tego sposobu nie było: w Grecji np. jeżeli pan pragnął wyzwolić swego niewolnika, to mógł uczynić to jedynie przez oddanie go do jakiejś świątyni. Według wszelkiego prawdopodobieństwa i w starożytnym Rzymie *manumissio* oddawała wypuszczonego na wol-

ność tylko pod ochronę fides, czyli otrzymywał on stanowisko prawne pozbawionego praw klienta (patrz t. I § 2). W czasach jednak historycznych rzecz ta zmienia się. Wypuszczenie na wolność daje już niewolnikowi wolność prawną, chronioną nie tylko zapomocą przepisów religij i fides, lecz także przepisów iuris civilis. Wyzwolenia dokonywano w trojakiej formie, przyczem przy wszystkich biorą pewien udział organy władzy państwowej.

Najdawniejszą formą prawdopodobnie było wyzwolenie zapomocą testamentu—*manumissio testamento*. Pierwotnie testamenty sporządzano na zgromadzeniu narodowem (*testamentum calatis comitiis*): wola prywatna testatora otrzymywała sankcję całego narodu, rozporządzenie prywatne stawało się *iussus populi*. Pomiedzy innemi rozporządzeniami testatora mogło znajdować się również wyzwolenie niewolnika—*„servus meus Stichus liber esto”*. Niewolnik otrzymywał wolność z chwilą wejścia w życie testamentu (t.j. od śmierci testatora). Testator może wyzwolić także w sposób pośredni, mianowicie przez nałożenie na dziedzica obowiązku wyzwolenia niewolnika: w tym wypadku konieczny był jeszcze akt wyzwolenia przez zapisobiorcę. Niewolnik mógł być wyzwolony w testamencie i pod pewnym warunkiem (np. zapłaty pewnej kwoty dziedzicowi); przed spełnieniem się warunku niewolnik nie jest jeszcze wolny, lecz zajmuje stanowisko pośrednie i nazywa się *statuliber*.

Druga forma wyzwolenia—*manumissio vindicta*—polegała na wyzwoleniu zapomocą pozornego procesu o wolność. Pan wraz z niewolnikiem i osobą trzecią umyślnie w tym celu zaproszoną, która nazywa się *assertor in libertatem*, stają przed magistraturą (konsulem, pretorem) i tu *assertor*, występując w roli powoda, nakłada na niewolnika *vindicta* i mówi: *„Hunc hominem ex iure Quiritium liberum esse aio”*. W odpowiedzi na to pan albo milczy (jak twierdzą niektórzy, np. Keller, Girard) albo oświadcza swoją wolę wyzwolenia (jak twierdzą inni Karlowa, Sohm). Wówczas *magistratus* ogłasza, że niewolnik jest wolny. Postępowanie to z biegiem czasu zostało uproszczone: początkowo w roli *assertora* występował jeden z towarzyszących pretorowi liktorów, a później odpadła

i *vindicatio in libertatem*: wystarczało zwykłe oświadczenie woli wyzwolenia wobec władzy oraz wciągnięcie do ksiąg.

Trzecią formą wyzwolenia była *manumissio censu*, t.j. wyzwolenie zapomocą wpisania niewolnika przez cenzora na listę obywateli na podstawie zgłoszenia pana. Lecz sposób ten mógł być stosowany jedynie w czasie układania listy obywateli i z chwilą zniesienia cenzusu zupełnie znikł.

W drugiej połowie rzeczypospolitej obok tych sposobów formalnych powstają także sposoby nieformalne: wyzwolenie zapomocą oświadczenia w obecności świadków — *manumissio inter amicos* i zapomocą listu wyzwolenczego — *manumissio per epistolam*. Wyzwolony w ten sposób nie stawał się wolnym *iure civili*, lecz pretor bronił jego wolności zapomocą środków swej władzy; w ten sposób utworzono specjalny rodzaj wolności pretorskiej oznaczanej zapomocą wyrazów *in libertate morari*. W takim samym położeniu znajdowali się również ci, którzy zostali wyzwoleni nie przez kwirytarnego, lecz pretorskiego czyli bonitarnego właściciela.

W czasach cesarstwa *lex Iunia Norbana* (prawdopodobnie z 19 r. po Chr.) zamieniła pretorskie „*in libertate morari*” na *latinitas*, wobec czego wyzwoleni w powyższy sposób otrzymywali stanowisko latini i nosili nazwę latini *Iuniani*. Justynjan udzielił również tym formom całkowitej mocy prawnej, czyli wyzwoleni w ten sposób mogli stawać się obywatelami rzymskimi, ale pod warunkiem, że oświadczenie ustne lub list wyzwolenczy będą sporządzane w obecności pięciu świadków (c. un. C. 7.6).

Wreszcie od czasów Konstantyna powstaje jeszcze jedna forma — *manumissio in ecclesia* — przez oświadczenie w kościele.

Dawniejsze prawo rzymskie nie znało żadnych ograniczeń przy wyzwalaniu z niewoli. Lecz od samego początku cesarstwa powstaje dążenie w interesie dobra państwowego do utworzenia pewnego nadzoru nad sprawą wyzwalania niewolników, a to w celu zabezpieczenia państwa przed zbyt wielką ilością wyzwolenców, wśród których znajdowało

się niemało elementów niepożądanych. Wyrazem tego dążenia są dwie ustawy, pochodzące z czasów Augusta¹.

Pierwszą z nich jest *lex Aelia Sentia*, z 4 r. po Chr., która stanowiła co następuje: a) pan, który nie posiada 20 lat, może wyzwalać swych niewolników tylko w razie istnienia ważnych przyczyn stwierdzonych wobec specjalnej komisji *de causis liberalibus*; b) takie samo pozwolenie komisji jest potrzebne przy wyzwalanu niewolników, którzy nie osiągnęli 30 lat; c) wyzwolenie *in fraudem creditorum*, t. j. na szkodę wierzycieli w przewidywaniu niewypłacalności jest nieważne; d) niewolnicy karani za ciężkie przestępstwa w razie wyzwolenia nie mogli zostać obywatelami, lecz stawali się *peregrini dediticii* i nie wolno było im mieszkać w Rzymie.

Druga ustawa — *lex Fufia Caninia* — odnosiła się tylko do wyzwalania w testamencie, ograniczała mianowicie ogólną ilość niewolników, którzy mogli być jednocześnie wyzwoleni: pan, posiadający do 3 niewolników, mógł wyzwolić najwyżej 2, posiadający do 10 — najwyżej połowę, do 30 — najwyżej $\frac{1}{3}$, do 100 — najwyżej $\frac{1}{4}$, do 500 — najwyżej $\frac{1}{5}$, lecz w każdym razie najwyżej 100.

Justynjan uchylił zupełnie *lex Fufia Caninia*, a *lex Aelia Sentia* w pewnej części; zatrzymano tylko konieczność pozwolenia dla panów, nie posiadających 20 lat oraz zakaz wyzwalania *in fraudem creditorum*.

W okresie *respublici* jedynym sposobem pozbycia się niewoli była wola pana. W okresie cesarstwa ustawodawstwo określa już pewne wypadki, w których niewolnik staje się wolnym wprost na mocy ustawy. Do nich należą: a) na mocy edyktu Klaudjusza, jeżeli pan porzuca niewolnika chorego, b) jeżeli niewolnik wykrył mordercę swojego pana, c) na mocy przepisu Justynjana, jeżeli niewolnik osiągnął godność biskupa, d) jeżeli niewolnik przez 20 lat przebywał faktycznie *bona fide* w stanie wolności.

Wyzwoleni wskutek woli pana — wyzwolenicy, *libertini*, chociaż stawali się *cives Romani*, nie byli jednak

¹ O tych ustawach patrz *Knip*, *Gai Institutiones*, I, str. 120—129.

w prawach zrównani z *ingenui*, wolnourodzonymi: w dziedzinie prawa publicznego podlegali pewnym ograniczeniom (np. nie mogli być magistratus), w dziedzinie zaś prawa prywatnego pozostaje nad nimi pewien ślad dawnej władzy pana w postaci *patronatu*. Pan, który wyzwolił niewolnika, *patronus*, stawał się jakby ojcem osobowości prawnej wyzwolenca, wskutek czego *patronat* pod wielu względami jest podobny do związku pomiędzy ojcem i synem. W szczególności: a) *libertinus* winien okazywać *patronowi* uszanowanie — *reverentiam* et *obsequium*, nie może bez zezwolenia magistratury pozywać *patrona* do sądu (in *ius vocare*), wytaczać przeciwko niemu skarg infamujących (*actiones famosae*). W wypadkach szczególnej niewdzięczności może być nawet sprowadzony zpowrotem do niewoli (*revocatio in servitutum propter ingratitude*); b) *libertinus* jest obowiązany w razie potrzeby wspierać materialnie *patrona*, dawać mu utrzymanie, *alimenta*; c) *patron* posiada po swoim wyzwoleniu pewne prawo dziedziczenia; d) *libertinus* jest obowiązany świadczyć *patronowi* pewne usługi, jakie się w rodzinie oddaje z przywiązania (*operae officiales*) i usługi w zakresie fachu wyzwolenca (*operae fabriles*).

W pewnych wypadkach wyzwoleniec na mocy specjalnego aktu władzy cesarskiej mógł otrzymać prawa *ingenuitas* — mianowicie zapomocą bezpośredniego nadania tych praw, przyczem *eo ipso* gasł *patronat*, albo zapomocą zaliczenia do stanu rycerskiego, przyczem *patronat* pozostawał nadal.

§ 3. STATUS CIVITATIS.

Jak już poprzednio zaznaczyliśmy, podstawową zasadą dawnego prawa rzymskiego, jak wogóle każdego dawnego prawa, było, że tylko obywatel rzymski, tylko *civis Romanus* mógł korzystać z ochrony prawa. Wskutek tego tylko *civis Romanus* mógł być członkiem społeczności cywilnej i podmiotem praw. Każdy nieobywatel, każdy cudzoziemiec, początkowo był uważany jako *hostis*, jako wróg, stojący poza społecznością prawną, który może być zabrany do niewoli i zamieniony na niewolnika. Pewną obronę prawną mógł on uzyskać, ale tylko w sposób pośredni zapomocą klienteli. To wykluczenie

cudzoziemców ze społeczności prawnej tyczyło się nie tylko praw politycznych, lecz także cywilnych: z ochrony prawnej człowiek korzystał tylko dlatego, że był obywatelem. Stąd też status civitatis był uważany przez prawników rzymskich jako warunek niezbędny do cywilnej zdolności prawnej.

Od tej zasady w starożytnym Rzymie był tylko jeden wyjątek dla Latini, t.j. mieszkańców gmin latyńskich, wchodzących razem z Rzymianami w skład związku latyńskiego (t. zw. Latini prisci albo veteres). Wszyscy Latini posiadali, bez względu na obywatelstwo, zupełne *ius commercii*, t. j. zupełną zdolność prawno-majątkową na równi z obywatelami rzymskimi, a *ius connubii* jedynie wówczas, gdy zostało im specjalnie nadane.

Po wojnie ze sprzymierzeńcami (w 90 i 89 r. przed Chr.), kiedy to prawie cała Italja otrzymała prawo obywatelstwa rzymskiego, *latinitas*, jako zjawisko historyczne, znikła, ale pozostała nadal jako pewne pojęcie prawne, jako pewien zespół praw i w tej postaci miała zastosowanie aż do ustawy Karakalli w dwóch wypadkach: a) *ius Latii* bywa nadawane przez specjalne akty pewnym poszczególnym gminom poza-italskim, a nieraz nawet całym prowincjom (t. zw. *latini coloniarii*¹); b) na mocy wzmiankowanej wyżej ustawy—*lex Iunia Norbana*—stanowisko Latynów otrzymują niektórzy wyzwolenicy, którzy z tej racji nazywają się *latini Iuniani*. Zdolność prawna tych ostatnich była jednak ograniczona pod tym względem, że na wypadek śmierci nie mogli rozporządzać swym majątkiem w drodze testamentu, ani przekazywać go swym dzieciom w drodze dziedziczenia ustawowego, cały ich majątek *iure peculii* przechodził na własność dawnego pana (Gai. III. 56). Ustawa Karakalli przez udzielenie obywatelstwa wszystkim mieszkańcom państwa rzymskiego zniosła istnienie *latini coloniarii*, *latini* jednak *Iuniani* pozostali i nadal aż do czasów Justynjana.

Wszyscy inni cudzoziemcy, z wyjątkiem latynów, nazywali się w republikańskim Rzymie, jak o tem była mowa, *peregrini*. Rozwój stosunków pokojowych pomiędzy Rzymia-

¹ O *ius Latii* patrz *Knip*, *Gai Institutiones*, I, str. 162 nn.

nami i cudzoziemcami zmusił Rzymian do odstąpienia od dawnego zapatrywania, że cudzoziemiec to *hostis*. Stało się to najpierw w stosunku do mieszkańców tych państw, z którymi Rzym zawierał przymierza—t. zw. *civitates foederatae*. Na mocy tych przymierzy powstawała wzajemna obrona obywateli państw sprzymierzonych (*recuperatio*, skąd nazwa *recuperatores*—patrz t. I § 25). Później obrona ta została rozszerzona i na *peregrini dediticii*, wskutek czego dawna zasada, że cudzoziemcy są pozbawieni ochrony prawnej straciła swoje znaczenie.

Ochrona prawna peregrynów była jednak inna, niż *cives*: szczególnie rzymskie *ius civile* i jego specyficznie narodowe instytucje były dla nich niedostępne. *Peregrini* dla swej obrony posiadali odrębne normy, z których stopniowo powstało *ius gentium*. Lecz w każdym razie peregryni nie byli już obecnie pozbawieni praw. Na mocy *lex Iulia* z 90 r. i *lex Plautia Papiria* z 89 r. przed Chr. peregryni przestali zupełnie istnieć w Italji, a na mocy ustawy Karakalli z 212 r. po Chr. w całym państwie. Lecz *peregrinitas*, podobnie jak *latinitas*, stałe się w okresie cesarstwa pojęciem, prawnem i znajduje zastosowanie w dwóch wypadkach: a) za pewne przestępstwa *cives* otrzymywali stanowisko *peregrini* i b) na mocy *lex Aelia Sentia* to samo stanowisko otrzymywali wyzwolenicy, którzy podczas niewoli byli karani za pewne ciężkie przestępstwa (*Gai. I. 13*).

Ustawa Karakalli nadała *civitas* tylko poddanym cesarstwa rzymskiego. Wskutek tego wszyscy *obcopoludani* (*barbarzyńcy*—*germanowie*, *słowianie* i t. d.) nawet w prawie Justynjana uważani byli za peregrynów. Lecz prawo rzymskie w tym czasie, jak wiadomo, było już tak przesiąknięte zasadami *ius gentium*, że w dziedzinie prawa cywilnego istotnych różnic pomiędzy poddanymi państwa rzymskiego, a *obcopoludanymi* nie było. Z tego też względu dawne pojęcie *status civitatis*, jako niezbędnego warunku do cywilnej zdolności prawnej, prawie zupełnie straciło swoje praktyczne znaczenie.

§ 4. STATUS FAMILIAE.

Podstawą całego dawnego ustroju rzymskiego była, jak już wiadomo, rodzina—*familia*. Bez przynależności do pew-

nej rodziny, a przez nią do pewnego rodu (gens), nie można było w czasach starożytnych być obywatelem—civis. Z tego punktu patrzenia familia, podobnie jak civitas i libertas, stanowi naturalny warunek cywilnej zdolności prawnej: wszystkie trzy status wypływają ostatecznie z jednego wspólnego źródła.

Starożytna rodzina rzymska jest rodziną ściśle patriarchalną. Tworzy zamknięte dla świata zewnętrznego koło, którego bezwzględny władca i jedynym przedstawicielem wobec świata zewnętrznego jest paterfamilias.

W stosunku do wszystkiego co wchodzi w skład familia paterfamilias jest panem—*herus*; władza jego jest nieograniczona i prawnie zupełnie jednakowa: osoby i rzeczy znajdują się względem niej w jednakowym stosunku. Ta nieograniczona władza w czasach pierwotnych nosiła nazwę *manus*. Z biegiem czasu prawne stanowisko rozmaitych składników rodziny zaczyna różniczkować się i wówczas władza paterfamilias w stosunku do każdego z tych poszczególnych składników otrzymuje swoją specjalną nazwę, lecz pierwotna jedność władzy uzewnętrznia się jeszcze w pewnych wyrażeniach, które zachowały się i w czasach późniejszych. Dawna ogólna nazwa *manus* jest nazwą specjalną, która służy do oznaczenia władzy męża nad żoną; władza paterfamilias nad dziećmi nazywa się już *patria potestas*, lecz uwolnienie od niej oznacza się zapomocą wyrazu *emancipatio*, w którego źródłosłowie jest jeszcze dawna *manus* (*e-man-cipatio*). Władza pana nad niewolnikami zowie się *dominica potestas*, lecz pierwotna nazwa zachowała się jeszcze w wyrazie *manu-missio*. Wreszcie wyrazy *res mancipi*, *nec mancipi*, *mancipatio* świadczą o tem, że władzę nad rzeczami (własność, dominium) w czasach pierwotnych oznaczano również zapomocą ogólnego wyrazu *manus*¹.

Nazewnątrz osoba paterfamilias zupełnie przyćmiewa wszystkich wolnych członków rodziny (żonę, dzieci); znajdują się oni jakgdyby pod jakąś wspólną zasłoną, do wnętrza której świat zewnętrzny nie ma dostępu. Powoli jednak i pod tym

¹ *Ihering, Entwicklungsgeschichte des römischen Rechts, 1894, str. 92 nn.*

względem dokonywa się ewolucja: żona i dzieci otrzymują stopniowo uznanie swych odrębnych praw, dawna zasłona patriarchalna rozluźnia się i rodzina, stanowiąca pewną jednostkę prawną, zaczyna przeistaczać się w związek samodzielnych podmiotów: lecz ewolucja ta odbywa się w Rzymie powoli, w ciągu całej jego historii, a nawet przy końcu rozwoju rodzina rzymska więcej, aniżeli u wielu innych narodów, zachowuje swój patriarchalny charakter.

Wobec takiego ustroju rodziny, wszystkie osoby w jej skład wchodzące, stosownie do zajmowanego stanowiska, dzieliły się pod względem cywilnej zdolności prawnej na dwie kategorie: *personae sui iuris* i *personae alieni iuris*.

Do pierwszej kategorii należą tylko *patresfamilias*, t. j. osoby pod względem rodzinnym niezależne. Nie jest rzeczą konieczną, aby *paterfamilias* był rzeczywiście ojcem, posiadał rodzinę i dzieci; potrzeba tylko było, aby nie podlegał pod względem rodzinnym żadnej władzy. Jedynie osoby pod względem rodzinnym niezależne były podmiotami praw dla siebie i na swoją korzyść — *personae sui iuris*, jedynie one mogły posiadać własny majątek i nabywać dla siebie prawa.

Wszystkie inne osoby, t. j. dzieci (*fili* i *filiae familias*) i dalsze potomstwo, a w czasach pierwotnych także żona, która (przy małżeństwie *cum manu*) uważana była za córkę — *filiae loco*, były *personae alieni iuris*. Są one jednak *personae*, a nie „ἀπρόσωποι”, jak niewolnicy; lecz są *personae alieni iuris*, t. j. podmioty nie dla siebie i nie na swoją korzyść, ale na korzyść władcy domu. Stąd wynikają następujące ogólne zasady: z jednej strony są one zdolne do wszelkiego rodzaju nabywania tak cywilnego, jak również naturalnego (*iuris gentium*), a przytem *ex sua persona*, a nie *ex persona domini*, jak niewolnicy; lecz z drugiej strony wszystko co nabywają, staje się *eo ipso* własnością ich *paterfamilias*. Gdyby nawet *paterfamilias* pozostawił im cośkolwiek do wyłącznego użytkowania, to stanowi to *peculium*, które prawnie, podobnie jak *peculium* niewolników, stanowi własność głowy rodziny.

Wogóle stanowisko *personae alieni iuris* jest analogiczne do stanowiska niewolników. Zobowiązania ich zawarte za pomocą aktów prawnych początkowo tak samo jak zobowiązania niewolników nie pociągały żadnych skutków prawnych, z biegiem jednak czasu zaczęto je uważać jako *obligationes naturales*. Władca domu zasadniczo za nie nie odpowiada. Wyjątek i tu stanowią tylko: a) wypadek wyrządzenia przez osobę podwładną szkody, gdzie ma miejsce *noxae datio* (pan domu winien albo wynagrodzić szkodę lub wydać winnego w celu jej odrobienia) i b) wypadki *actiones adiecticiae qualitatis*, które w tym samym stopniu miały zastosowanie również w odniesieniu do osób podwładnych.

W czasach jednak późniejszych stanowisko wolnych osób podwładnych zaczyna znacznie różnić się od stanowiska niewolników. W szczególności otrzymują stopniowo zdolność prawną do nabywania pewnych rodzajów majątków dla siebie, nie tylko faktycznie, ale i prawnie. Wskutek tego, będąc w zasadzie *personae alieni iuris*, w pewnych stosunkach stają się już *personae sui iuris*. Bliższe szczegóły co do tej kwestji będą podane niżej.

Charakter rodziny określał również charakter dawnego pokrewieństwa rzymskiego. Jedność rodziny opierała się nie na wspólności krwi, lecz na jedności władzy. Wszystko co podlegało tej władzy stawało się członkiem rodziny i krewnym; wszystko co wychodziło z pod tej władzy stawało się prawnie obce. Dzieci obce usynowione stawały się członkami rodziny (*sui*), przeciwnie syn władcy domu usamowolniony, albo córka, która wyszła za mąż do drugiej rodziny, zrywali wszystkie węzły prawne ze swoją rodziną poprzednią i tracili wszystkie prawa po niej, jak np. prawo dziedziczenia. Tego rodzaju pokrewieństwo prawne, pokrewieństwo oparte na władzy, nosi techniczną nazwę *agnatio* i przeciwstawia się pokrewieństwu naturalnemu, pokrewieństwu krwi, które nazywa się *cognatio*. Przytoczone przykłady dostatecznie wykazują różnicę jaka pomiędzy nimi zachodzi.

Po śmierci *paterfamilias* familia jego rozpada się na kilka nowych *familiae*: wszystkie osoby, podlegające bezpo-

średnio jego władzy, stają się teraz *patresfamilias* i *personae sui iuris*. Lecz prawnie związek pomiędzy nimi nie przerywa się: wspólna nad nimi władza i nadal je jednoczy: pozostają w stosunku do siebie *agnatami*. Związek *agnacyjny* po ich śmierci pomiędzy ich potomkami będzie trwał tak długo, dopóki trwać będzie pamięć o wspólnem ich pochodzeniu.

Pokrewieństwo wogóle posiada wielkie znaczenie w dziedzinie prawa cywilnego; na niem opiera się w szczególności porządek dziedziczenia. Dawne rzymskie prawo cywilne uznawało pod tym względem jedynie pokrewieństwo *agnacyjne*; pokrewieństwo *kognacyjne* było zupełnie pomijane. Dopiero edykt pretorski nadał pewne znaczenie prawne również pokrewieństwu krwi. W czasach cesarstwa, kiedy to ustrój patryarchalny rodziny coraz bardziej rozluźnia się, *cognatio* stopniowo wysuwa się naprzód, aż wreszcie Justynjan przez swoje nowele znosi zupełnie pokrewieństwo *agnacyjne* i cały porządek dziedziczenia opiera na zasadzie pokrewieństwa krwi, pokrewieństwa *kognacyjnego*.

§ 5. CAPITIS DEMINUTIO.

Prawne stanowisko człowieka, jako podmiotu praw i członka społeczności cywilnej, wskutek różnych przyczyn mogło ulec albo zupełnemu zniszczeniu albo do pewnego stopnia ograniczeniu. Takie ograniczenie cywilnej zdolności prawnej według terminologii rzymskich prawników klasycznych nazywało się *capitis deminutio*.

Ponieważ pełnia cywilnej zdolności prawnej zależna była od istnienia trojakiego stanu osoby — *status libertatis*, *status civitatis* i *status familiae*, to odpowiednio do tego i ograniczenie *caput* mogło polegać albo na utracie *status libertatis* (co pociągało za sobą równocześnie utratę *status civitatis* i *familiae*), albo na utracie *status civitatis* (z równoczesną utratą *status familiae*), albo wreszcie na utracie tylko *status familiae*. Stąd też prawnicy klasyczni rozróżniają trzy stopnie *capitis deminutio maxima*, *media* i *minima* (fr. 11 D. 4.5).

Nie ulega jednak wątpliwości, że teoria *capitis deminutio* w tej postaci istnieje dopiero w nauce prawników klasycznych; w czasach wcześniejszych istota *capitis deminutio* miała prawdopodobnie nieco inny charakter, chociaż ewolucja tej instytucji pod wielu względami jest wogóle kwestją bardzo sporną¹.

Jak wzmiankowaliśmy, w czasach pierwotnych jedynymi podmiotami praw w ścisłym tego słowa znaczeniu byli tylko wolni obywatele i pod względem rodzinnym niezależni; *libertas*, *civitas* i *familia* stanowiły trzy nierozdzielne strony tego samego pojęcia. Utrata tych wszystkich status mogła mieć miejsce jedynie w wypadku cywilnej śmierci osoby. Taka śmierć cywilna miała miejsce w razie dostania się obywatela rzymskiego do niewoli nieprzyjacielskiej, w razie sprzedaży go *trans Tiberim* (t. j. także w ręce nieprzyjaciela), albo w wypadku *aquae et ignis interdictio*, czyli wykluczenia ze społeczności prawnej wskutek wygnania. W wypadkach tych następowała równoczesna utrata wszystkich trzech status, co z prawnego punktu patrzenia równało się śmierci.

Później jednak powstały wypadki, w których osobowość prawna człowieka ulegała nie zupełnemu zniszczeniu, lecz tylko pewnemu ograniczeniu, pewnej degradacji. Tak np., kiedy cudzoziemców przestano uważać za *hostes*, utrata obywatelstwa rzymskiego — wskutek dobrowolnego przesiedlenia lub wygnania — nie pociągała już ze sobą zupełnej śmierci prawnej osoby: tracąc swoją poprzednią cywilną zdolność prawną, osoba taka zachowywała zdolność prawną *ex iure gentium*, podobnie jak *peregrinus*. Następnie w razie, gdy ojciec sprzedał syna swego *in mancipium* w granicach terytorjum rzymskiego, sprzedany pierwotnie prawdopodobnie stawał się niewolnikiem (wyraz *mancipium* i w czasach późniejszych służy do oznaczania niewolników), lecz z biegiem czasu stanowisko jego uległo polepszeniu: staje się już nie niewolnikiem, lecz *liber in mancipio* i z chwi-

¹ *Krüger, Geschichte der capitis deminutio*, I, 1887; *Eisele, Zur Natur und Geschichte der capitis deminutio*, 1896. *Desserteux, Etudes sur la formation historique de la capitis deminutio*, 1909.

lą skończenia się niewoli lub odrobienia długu odzyskuje zpowrotem zdolność prawną; jest tylko *servorum loco* (Gai. I. 138) i służy, podobnie jak osoby podwładne, jako narzędzie do wzbogacania swojego pana. Zachowując swoją *libertas* i *civitas*, przechodził pod władzę innego pana i jedynie pod względem *status familiae* ulegał pewnej degradacji.

Ilość wypadków tego rodzaju stopniowo zwiększała się i zmusiła rzymską naukę prawa do rozróżniania trzech odrębnych stopni degradacji prawnej i doprowadziła wkońcu do sformułowania podanej wyżej teorii *capitis deminutio* z trzema jej rodzajami: *maxima*, *media* i *minima*. Lecz historyczny początek tej instytucji (śmierć cywilna) uwydatnia się jeszcze w nauce prawników klasycznych. Tak np. według słów Gajusa (Gai. III. 153) *civili ratione capitis deminutio mortis coaequatur*, przyczem z założenia tego wyprowadza się równocześnie pewien wniosek praktyczny (zniszczenie *societas*).

Rozpatrzmy nieco bliżej poszczególne wypadki *capitis deminutio* i jej skutki prawne.

1. I tak przedewszystkiem co się tyczy *capitis deminutio maxima*, to ma ona miejsce wówczas, gdy człowiek traci swoją wolność. Główniejsze wypadki tego rodzaju są następujące: a) Rzymianin dostaje się do niewoli nieprzyjacielskiej. Według pierwotnych pojęć rzymskich, obywatel, stając się czyimśkolwiek niewolnikiem, przestawał istnieć jako podmiot i tracił wszystkie prawa; lecz zasada ta uległa pewnej korektywie przez t. zw. *ius postliminii*. Jeżeli jeńcowi udało się w jakikolwiek sposób powrócić do granic (*limina*) swojej ojczyzny, osobowość jego zpowrotem odżywała tak, jakgdyby wcale nie był w niewoli: „*Qui ab hostibus capti, si reversi fuerint, omnia pristina iura recipiunt*”. (Gai. I. 129), „*quia postliminium fingit eum, qui captus est, semper in civitate fuisse*” (§ 5 Inst. 1.12). Jeżeli nie powrócił i umarł w niewoli, to według ścisłego tłumaczenia prawa, nie mogło po nim mieć miejsca dziedziczenie ani ustawowe ani testamentowe (po niewolniku nie mogło istnieć dziedziczenie); lecz przepis ten został zmieniony przez nieznaną nam bliżej ustawę Korneliusza, która ustano-

wiła t. zw. *fictio legis Corneliae*. Na mocy tej fikcji przypuszczano, że ten, kto dostał się do niewoli umarł jako wolny w chwili dostania się do niewoli („*quasi tunc decessisse videtur, cum captus est*” — fr. 18 D. 49.15), wskutek tego jeżeli pozostawił testament, to zatrzymywał on swoją moc, a jeżeli nie pozostawił, to miało miejsce dziedziczenie ustawowe (Pauli Sent. 3.4.8.).

b) Do szeregu tych wypadków należała również sprzedaż obywatela do niewoli trans Tiberim, t. j. poza granicę państwa, przyczem *ius postliminii* w tym wypadku nie miało zastosowania. Tak np. magistratus sprzedawał do niewoli tego, kto usuwał się od cenzusu (*incensus*), wierzyciel sprzedawał po zastosowaniu *manus iniectio* swego dłużnika niewypłacalnego, okradziony — złodzieja schwytanego na gorącym uczynku; wreszcie pan domu mógł sprzedać także do niewoli trans Tiberim podwładną sobie osobę. Lecz wszystkie te wypadki już w okresie rzeczypospolitej wychodzą z użycia; później na ich miejsce powstały inne, kiedy mianowicie wskutek różnych przyczyn obywatel stawał się niewolnikiem wewnątrz państwa, np. w razie, gdy ktoś pozwolił sprzedać siebie jako niewolnika — *pretii participandi gratia*, albo gdy kobieta wstępowała w związek z niewolnikiem (*edictum Claudianum*), albo *servi poenae* i t. d. (patrz § 2).

Ogólnym skutkiem prawnym *capitis deminutio maxima* jest zupełna utrata praw tak osobistych (*patria potestas*), jak również majątkowych. W szczególności co się tyczy tych ostatnich, to majątek *capite minutus* przechodził albo na własność państwa (np. w wypadku sprzedaży *incensus*) albo na własność osób prywatnych, np. wierzyciela, który sprzedawał dłużnika, lub pana niewolnika, z którym niewiasta weszła w związki i t. d. Długi osoby, ulegającej *capitis deminutio*, z zasady gasły z powodu braku ich podmiotu — osoby zobowiązanej.

Lecz ponieważ w stosunku do wierzycieli było to niesprawiedliwością, przeto pretor zaczął dawać im *actio utilis* przeciwko tym, do kogo majątek przechodził, a w razie odmowy z ich strony spłacenia długów, wprowadzał wierzycieli w po-

siadanie majątku *capite minutus* i pozwalał im w celu pokrycia swych pretensyj sprzedać go (fr. 7. 2 D. 4. 5).

2. *Capitis deminutio media* ma miejsce wówczas, gdy osoba, zatrzymując wolność, traci obywatelstwo rzymskie; zdarza się to głównie w wypadkach *aquae et ignis interdictio*, a w czasach cesarstwa w wypadku zesłania — *deportatio* (§ 2 In. 1. 16). Na mocy zasady „*civilis ratio civilia quidem iura corrumpere potest, naturalia vero non potest*” (Gai. I. 158) osoba, która uległa c. d. *media*, traci swoje prawa cywilne, lecz zachowuje stosunki *iuris gentium*, tak np. traci *agnatio*, lecz zachowuje *cognatio*. Majątek również albo traci się (w razie wygnania: „*amissis bonis et civitate relicta nudus exulat*” — fr. 7. 3. D. 4. 5) albo konfiskuje (przy *deportatio*). Długi i tu *iure civili* gasną, lecz interesy wierzycieli bywają chronione podobnie jak w wypadkach c. d. *maxima* (fr. 2. pr. D. 4. 5).

3. Wreszcie *capitis deminutio minima* powstaje wówczas, gdy osoba zmienia swoje stanowisko rodzinne, co zdarza się w następujących wypadkach: a) *persona sui iuris* staje się *persona alieni iuris*: osoba pod względem rodzinnym niezależna zostaje usynowiona (*arrogatio*); niewiasta, niepodlegająca żadnej władzy, wychodzi za mąż (*conventio in manum*); b) *persona alieni iuris* przechodzi z pod władzy jednego *paterfamilias* pod władzę drugiego, np. oddanie syna jakiejś osobie w celu usynowienia (*adoptio*); c) wreszcie do tej kategorii prawnicy klasyczni zaliczali również ten wypadek, gdy *persona alieni iuris* zapomocą aktu sztucznego *mancipatio* stawała się *persona sui iuris*, np. gdy ojciec zwolnił syna z pod swej władzy (*emancipatio*). W istocie swej w tym ostatnim wypadku ma miejsce nie ograniczenie status, lecz raczej rozszerzenie, syn bowiem staje się pełnouprawnionym podmiotem. Jeżeli prawnicy klasyczni widzieli i w tym wypadku *capitis deminutio*, to jedynie ze względu na tradycję, gdyż do osiągnięcia tego celu syn winien był poddać się trzykrotnej sprzedaży in *mancipium*, a przez to, chociaż chwilowo, pozostawać in *servili condicione* (Gai I. 162). To samo da się powiedzieć i o wypadku podanym pod b. Rezultatem *cap.*

dem. minima jest zupełne zerwanie poprzednich węzłów rodzinnych (agnacyjnych) ze wszystkimi wypływającymi z nich prawami (dziedziczenia i t. d.). Jeżeli osoba dotychczas pod względem rodzinnym niezależna stawała się *persona alieni iuris*, to cały jej majątek przechodził na własność nowego pana domu; długi i tu *iure civili* umarzały się. Pretor jednak udzielał wierzycielom *restitutio in integrum*, t. j. udzielał im skarg przeciwko samemu *capite minutus* z fikcją „*ac si capite deminutus non esset*”. Wskutek tych skarg nowy pan domu będzie musiał w celu zaspokojenia wierzycieli albo zapłacić dług albo wydać majątek *capite minutus* (Gai. III. 84, fr. 2. 1. D. 4. 5).

Oprócz trzech podstawowych status pełnia cywilnej zdolności prawnej wymagała jeszcze stanu czci obywatelskiej — *status in laesae dignitatis* (fr. 5. 1. D. 50. 13). Osoby, z racji pewnych przyczyn, zniesławione ulegały uszczupleniu czci obywatelskiej (*existimatio minuitur*) i ograniczeniu pod względem prawnym. W historii prawa rzymskiego spotykamy kilka rodzajów uszczuplenia czci obywatelskiej.

Najdawniejszym rodzajem była *intestabilitas*. Ustawy XII tablic głosiły: „*Qui se sieri testarier libri pensve fuerit, improbus intestabilisque esto*”: kto będzie świadkiem (albo *libripensem*) przy zawarciu aktu prawnego, a potem odmówi zeznania (w razie sporu), niech będzie *improbus intestabilisque*. Oznaczało to, że człowiek taki nie tylko nie mógł być świadkiem dla innych, ale i sam nie mógł nikogo używać na świadka. A ponieważ prawie wszystkie dawne akty prawne były dokonywane w obecności świadków, powyższe ograniczenie w istocie swej sprowadzało całkowitą utratę zdolności do działania prawnego. W miarę zanikania dawnych aktów formalnych ten rodzaj uszczuplenia czci obywatelskiej stracił swoje znaczenie.

Magistratus rzymscy w granicach swej kompetencji także zwracali uwagę na cześć obywatelską osoby i nie dopuszczali do pełnienia pewnych funkcji osoby o wątpliwej reputacji. W ten sposób powstała instytucja *ignominia* lub *infamia*. Cenzorowie, do których przedewszystkiem należał nadzór nad

dziedzina obyczajową (regimen morum), według własnego uznania mogli wykreślić pewną osobę z listy senatorów, z centurij rycerskich i t. d. Konsulowie, kierując wyborami na magistratus, mogli nie przyjąć kandydatury osoby, która, według ich zdania, dopuściła się czynów uchybiających czci obywatelskiej. Podobnie pretorowie mogli nie dopuścić do występowania wobec nich w sądzie.

Gdy kontrola cenzorów i konsulów z chwilą upadku rzezypospolitej znikła, pretorska infamia stała się stałą instytucją prawa cywilnego. W jednych wypadkach występuje ona bezpośrednio na mocy pewnych okoliczności (niehonorowe wydalenie z legionów, zawarcie podwójnych zaręczyn i t. d. — t. zw. infamia immediata), a w drugich wypadkach jest skutkiem oskarżenia osoby w pewnych procesach (iudicia publica, actio furti, vi bonorum raptorum, iniuriarum, doli, pro socio, tutelae, mandati, depositi; wszystkie te skargi z tej racji nazywają się skargami infamującymi — actiones famosae, a sama infamia — infamia mediata). Osoby dotknięte infamią nie mogą piastować urzędów publicznych (np. dekurjonów), sprawować opieki, występować w sądzie jako zastępca procesowy (procurator) i t. d.

Wreszcie, oprócz infamji unormowanej przez edykt pretorski, pewne zajęcia (aktora, kobiety publicznej) pociągały za sobą także piętno pewnej wzdargi powszechnej — t. zw. turpitudō, co nie pozostawało również bez wpływu na ich stanowisko prawne (patrz np. § 36).

§ 6. STATUS CONTROVERSIA.

Stanowisko pewnej osoby, status, może być przedmiotem sporu. Jeżeli spór ten dotyczy praw publicznych, to będzie rozstrzygany przez odpowiednią władzę w drodze postępowania administracyjnego: jeżeli np. ktoś wystawi swoją kandydaturę na magistratus, a przytem ktoś inny doniesie, że jest on libertinus, to rozpatrzenie tej sprawy będzie należało do magistratus kierującego wyborami. Jeżeli spór o status dotyczy cywilnych stosunków prawnych, to podlega kompetencji sądów cywilnych.

1. Spór o wolność, status libertatis, może powstać w sposób dwojaki: a) Ktoś zgłasza pretensję, że człowiek, który żyje obecnie jako wolny, jest w rzeczywistości niewolnikiem. W tym wypadku w czasach pierwotnych proces odbywał się zapomocą *vindicatio in servitute*: powód nakładał w obecności magistratus na domniemanego niewolnika *vindicta* i wymawiał formułkę zwykłej *vindicatio*: „Nunc ego hominem ex iure Quiritium meum esse aio”. Jeżeli oskarżony zechce bronić się, to musi znaleźć sobie jakiegoś zastępcę, który nazywa się *assertor in libertate* i który zajmie miejsce pozwanego, zgłaszając *contravindicatio*: „Aio hunc hominem liberum esse”. Sam zaś oskarżony nie może być stroną w procesie, podobnie jak nie może nią być dłużnik, podlegający *manus iniectio*. b) Drugi wypadek wręcz odwrotny: osoba, będąca czyimś niewolnikiem, dowiaduje się, że jest w rzeczywistości wolna. Tu także musi występować *assertor*, który wytoczy przeciwko panu skargę *vindicatio in libertatem*: nakładając *vindicta*, mówi: „Aio hunc hominem liberum esse”. Dalsze postępowanie w obydwóch wypadkach będzie odbywać się według formy *legis actio per sacramentum*, przyczem ze względu na ważność przedmiotu sporu i w celu zapewnienia osobom, których wolność zakwestjonowano lepszego zabezpieczenia, dla skarg tych zostały ustanowione pewne specjalne przepisy prawne. Przedewszystkiem spory te zostały oddane do rozpatrywania specjalnemu stałemu sądowi kolegialnemu — *decemviri stlitibus iudicandis*; oprócz tego kwota *sacramentum* we wszystkich wypadkach była niższa — 50 asów (Gai. IV. 14); osoba, której wolność podano w wątpliwość, przez cały czas trwania procesu winna była być uważana za osobę wolną („*vindicias dato secundum libertatem*”); wreszcie, w przeciwstawieniu do zwykłych procesów, proces o wolność mógł być wznawiany kilkakrotnie („*quotiens cumque vellet quis*”). Z chwilą przejścia do postępowania formułkowego *ustna vindicatio in servitute* lub *in libertatem* została zamieniona na postępowanie *per formulam*, chociaż treść tej formułki nie jest jasna. Obecność jednak *assertora* zachowano nietylko w procesie formułkowym, lecz i później przy postępowaniu nadzwyczajnym.

czajnym; dopiero Justynjan zniósł tę pozostałość z czasów pierwotnych (c. un. C. 7. 17).

2. Spór o *status civitatis*, jako spór samodzielny, był rozstrzygany przez magistratus w drodze administracyjnej *causae cognitio*; w sądzie cywilnym mógł powstać jedynie incydenter przy rozstrzyganiu kwestji, czy dany stosunek cywilny miał, czy nie miał miejsca.

3. Spór o *status familiae* w ścisłym tego słowa znaczeniu był możliwy jedynie w tym wypadku, gdy ktoś uważał się za *paterfamilias*, a tymczasem inna osoba zgłosiła swoją *patria potestas* w stosunku do niego. Spory tego rodzaju były rzadkie; w czasach pierwotnych prawdopodobnie i w tych wypadkach był potrzebny assertor. W tych zaś wypadkach, kiedy dwie osoby rościły sobie prawa do *patria potestas* w stosunku do tego samego człowieka, mamy już nie spór o status, lecz o prawo *patria potestas*. Spór taki w starożytności odbywał się w formie *vindicatio (filii)*. Lecz edykt pretorski wprowadził środek dogodniejszy — *interdictum de liberis exhibendis i int. de lib. duccendis* (tit. D. 43. 30).

II. OSOBY PRAWNE.

§ 7. POWSTANIE I ROZWÓJ OSÓB PRAWNYCH¹.

Wytworzenie pojęcia osoby prawnej, jako samoistnego podmiotu prawa cywilnego, samoistnego centrum życia gospodarczego, stanowi jedną z największych zasług prawa rzymskiego; jedynie dzięki niemu ta forma prawna dostała się do obrotu nowożytnego prawa europejskiego. Lecz w samym Rzymie ta forma organizacji związkowej wytwarzała się powoli i w ciągu całej historii rzymskiej.

Nie ulega wątpliwości, iż już dawnemu ustrojowi rzymskiemu, podobnie jak każdemu innemu w starożytności, znane były pewne organizacje związkowe, posiadające zewnętrzne

¹ Eljaszewicz, *Juridyczneskoje lico, jego proischozhdienie i funkcji w rimskom czastnom prawie*, 1910. Por. recenzję o powyższem dziele w „Żurn. Minist. Justicji”, 1910, maj.

podobieństwo do osób prawnych, jak np. wspólny majątek, wewnętrzny ustrój i t. d.; lecz te oznaki zewnętrzne bynajmniej nie stanowią jeszcze dowodu, że te organizacje były już rozpatrywane jako osoby prawne. Idea osoby prawnej dla pierwotnego myślenia prawnego była niedostępna.

Dawne rzymskie *ius Quiritium* uznawało za podmioty praw kwiryckich jedynie poszczególne osoby, poszczególnych *Quirites*. Wszelkie stosunki, nie odnoszące się do poszczególnych osób, były regulowane zapomocą innych norm i chronione zapomocą innych środków, aniżeli te, które odnosiły się do poszczególnych *cives*.

I tak przedewszystkiem już w starożytnym Rzymie wielkie znaczenie w życiu gospodarczem posiadał majątek państwowy: wiemy np. jak wielką rolę odgrywały grunta państwowe — *ager publicus*. Lecz wszystkie te grunta państwowe, niewolnicy państwowi (*servi publici*), słowem wszystkie *res publicae*, jeszcze według pojęć prawników klasycznych, stanowią *res extra commercium*, t. j. pozostają poza obrębem zwykłych stosunków cywilnych. Stanowią rzeczy *populi Romani*, lecz nie w tem znaczeniu jakoby *populus Romanus* był ich zwykłym właścicielem, jak nasz skarb; stosunek narodu do nich nie jest zwykłym *dominium ex iure Quiritium*, lecz stosunkiem szczególnego rodzaju: *res publicae* należą do wszystkich razem, w szczególności zaś do nikogo. W stosunku do nich niema żadnych praw podmiotowych, lecz jedynie przedmiotowy zarząd w interesie narodu. Zarząd ten spoczywa w ręku przedstawicieli władzy — początkowo króla, później magistratus republikańskich (konsulów, cenzorów, kwestorów i t. d.) i dokonywa się nie według zasad prawa kwiryckiego, lecz prawa publicznego. Wskutek tego jeżeli ma miejsce oddanie pewnych rzeczy do użytku osób prywatnych (np. oddanie w dzierżawę za pewien czynsz — *vectigal* gruntu należącego do *ager publicus*), to umowy zawierane przez magistratus z temi osobami w zasadzie nie były umowami zwykłego prawa cywilnego, a stąd też nie podlegały formom niezbędnym dla tych umów. Tak samo jeżeli z racji tych umów (*leges contractus*, *leges locationis*) w następstwie wynikały jakieś nieporozumienia i spory

między magistratus i kontrahentem, to spory te nie należały do zwykłego sądu cywilnego (*legis actio*), lecz były rozpatrywane przez magistratus w drodze administracyjnej. Nie idea regulowania i ochrony czyichś praw podmiotowych, lecz idea zarządu majątku do nikogo w szczególności nie należącego, określała całą dziedzinę danych stosunków. Skarb państwa — *aerarium* — jest w tym okresie nie podmiotem praw, nie osobą prawną, lecz tylko miejscem przechowywania wartości państwowych.

W analogicznym położeniu znajdują się majątki rodu (*gens*) i starożytnych jednostek w ustroju państwa — *kuryj*, *tribus* i t. d. Grunta rodowe, jeżeli nie pozostawały w posiadaniu prywatnem poszczególnych panów domu, to stanowiły przedmiot wspólnego użytkowania *gentiles* normowanego przez zarząd rodowy. Majątek *kuryj* i *tribus* był jedynie specjalnym majątkiem państwa w przedstawionem wyżej znaczeniu.

Wyjęte były z pod zwykłego obrotu *kwiryckiego* również rzeczy, służące do celów religijnych — *res sacrae* (świątynie, naczynia ofiarne), *res religiosae* (miejsca grzebania umarłych) i *res sanctae* (rzeczy znajdujące się pod szczególną opieką bogów — mury miasta). Są one także *res extra commercium*, ponieważ stanowią *res divini iuris*. W stosunku do nich także nikt nie może posiadać praw podmiotowych; ich nienaruszalności bronią według porządku publicznego magistratus, a według porządku sakralnego specjalne kolegia kapłańskie. Lecz te kolegia kapłańskie bynajmniej nie były podmiotami praw w stosunku do majątku sakralnego, lecz jedynie organami nadzoru i zarządu.

Już w czasach najdawniejszych spotykamy w Rzymie różnego rodzaju korporacje prywatne. Do nich należą stowarzyszenia o celach religijnych (*sodalitates*, *collegia*, *sodalicia*) i stowarzyszenia zawodowe różnych rzemieślników (*pistorum*, *fabrorum*). O tych korporacjach prywatnych wspominają już ustawy XII tablic. Według świadectwa Gajusa, ustawy XII tablic pozwalały członkom *sodalicia* (*sodales*) stanowić dla siebie przepisy i ustawy, byle tylko nie sprzeciwiały się one ustawom ogólnym.

W okresie rzeczypospolitej podobnych korporacji prywatnych powstało całe mnóstwo: istnieją korporacje *apparitorum* (niższych urzędników do pomocy magistratus), korporacje wzajemnej pomocy (pogrzebowe — *collegia funeraticia*) i t. d. Wszystkie te korporacje posiadały pewną organizację i pewien majątek wspólny — wspólną kasę (*arca communis*), lecz majątek ten prawnie był uważany albo za majątek wszystkich poszczególnych członków (według zasad spółki — *societas*) w częściach proporcjonalnych albo za majątek jednego z nich, mianowicie tego, kto był skarbnikiem. Nazewnątrż korporacja, jako jednostka, jako specjalna osoba prawna, nie występowała: osoby trzecie mogły załatwiać sprawy tylko z poszczególnymi członkami.

W ten sposób sprawy, które w rozwiniętym prawie załatwia się zapomocą osób prawnych, w czasach pierwotnych wskutek nierozwiniętego obrotu cywilnego załatwiano zapomocą innych środków. Lecz zczasem środki te okazały się niewystarczające: z rozwojem życia ekonomicznego dawała odczuwać się we wszystkich podanych wypadkach potrzeba pewnego centrum ekonomicznego, odrębnego od poszczególnych osób fizycznych i posiadającego zdolność do samoistnej działalności prawnej.

Wpływ tej potrzeby był widoczny już w okresie rzeczypospolitej w stosunku do majątku państwowego. *Populus Romanus* zaczęto uważać już nie jako nieokreślony zespół wszystkich, lecz jako pewnego rodzaju jedność; magistratus działa w imieniu tej jedności — narodu, jako jego organ, jego przedstawiciel: wszystkie akty prawne przez niego zawarte z osobami prywatnymi obowiązują nie jego osobiście, lecz cały naród jako taki. W miarę tego jak państwo rzymskie faktycznie coraz częściej musiało naginać się do dziedziny zwykłego obrotu majątkowego, stawać przy zawieraniu umów i prowadzeniu sporów na równym z *privatae personae* poziomie, stanowisko jego coraz bardziej zaczęło zbliżać się do stanowiska tych ostatnich. Publiczno-prawny charakter stosunków państwa do osób prywatnych stopniowo zaczął wyrównywać się tak przy aktach prawnych jak również przy procesie. Na wzór praw osób prywatnych zaczyna

powstawać pojęcie praw podmiotowych narodu, jako jedności, w stosunku do posiadanego przezeń majątku. Naturalnie wszystko to znajduje się jeszcze w zaccatku, a stosunki państwa do osób prywatnych nawet przy końcu rzeeczypospolitej posiadają jeszcze specjalny charakter, lecz w każdym razie są już widoczne pewne przebłyski idei o skarbie, jako o specjalnej osobie prawnej.

Analogiczny rozwój spotykamy również w życiu prywatnych korporacji. Majątek korporacji zasadniczo jest uważany jako majątek wszystkich członków według zasad spółki; lecz w celu nadania korporacji trwałości, dozwala się na ustanowienie niepodzielności tego wspólnego majątku, wskutek czego poszczególni członkowie nie mogą żądać wydzielenia swej części, wystąpienie jednych członków i zapisanie się innych w stosunku do wspólnego majątku pozostaje bez żadnego wpływu. Dzięki temu wytwarza się pewna niezależność majątku od jego prawnych podmiotów, skupienie się majątku około pewnego bliżej jeszcze nieokreślonego centrum.

Wszystkie te poszukiwania formy osoby prawnej wreszcie znalazły swoje rozstrzygnięcie. W drugiej połowie rzeeczypospolitej, jak wiadomo, w skład państwa rzymskiego weszło niemało nowych jednostek, którym przyznano prawo wewnętrzznego samorządu. Były to gminy miejskie, *municipia*, które przedtem tworzyły odrębne państwa (*civitates liberae*). Gminy te następnie otrzymały prawo obywatelstwa i zostały wcielone do państwa rzymskiego. Przy tej inkorporacji jednocześnie z samorządem przyznano im także samodzielność gospodarczą. Często były to kwitujące miasta handlowe, posiadające swój olbrzymi i bardzo złożony mechanizm ekonomiczny (np. kolonie greckie w południowej Italji — Tarent i inne). Może nawet miasta te były uważane już w obrocie majątkowym za specjalne osoby prawne (np. w prawie greckim).

W każdym razie korporacja wraz z udzieleniem samodzielności gospodarczej postawiła wobec prawa na porządku dziennym pytanie, w jaki sposób zorganizować udział tych gmin w obrocie cywilnym, jakiemu poddać je sądowi i t. d.

Pytanie to zostało rozstrzygnięte w ten sposób, że podporządkowano je zwykłemu prawu cywilnemu i zwykłemu sądowi cywilnemu: pretor w edykcie swym przyznał municypjom prawo dochodzenia i odpowiadania sądowego wobec swych przedstawicieli — municypalnych magistratus albo specjalnych actores wyznaczanych ad hoc na mocy dekretu municypalnego senatu. W ten sposób została uznana w zasadzie cywilna i procesualna zdolność prawna municypjów, jako specjalnych podmiotów praw, jako pewnej samodzielnej jednostki prawnej zdolnej narówni z *singulae* lub *privatae personae* posiadać prawa i bronić ich zapomocą zwykłych form sądowych. Pierwszy zasadniczy krok został uczyniony, osoba prawna powstała, chociaż początkowo nie posiadała jeszcze wszystkich przymiotów właściwych jej naturze.

W stosunkach z osobami prywatnymi — przy zawieraniu czynności prawnych — municypja działają także za pośrednictwem swych przedstawicieli — magistratus, albo actores, lecz znaczenie czynności tych przedstawicieli dla gminy przez długi jeszcze czas pozostaje niejasne. Długo jeszcze utrzymuje się dawne zapatrywanie, że zobowiązanie zawarte przez przedstawiciela (np. zaciągnięcie przez niego pożyczki dla gminy) stwarza dla kontrahenta skargę osobistą tylko przeciwko niemu, a nie przeciwko gminie. Do samego Łońca prawo rzymskie stoi na tem stanowisku, że za przestępstwa swoich przedstawicieli gmina nie odpowiada: „*Quid enim municipes dolo facere possunt?*” — powiada Ulpjan (fr. 15. 1. D. 4. 3). Jeszcze wśród prawników klasycznych zastanawiano się, czy municypja mogą być podmiotem posiadania — *possessio* (fr. 1. 22 i fr. 2. D. 41. 2). Niezależnie od zasadniczego zrównania municypjów z *personae privatae*, ich prawne stosunki w znacznym stopniu są regulowane zapomocą przepisów prawno-publicznych. W każdym razie nie ulega wątpliwości, iż municypja są osobami prawnymi: „*Civitates enim privatorum loco habentur*” mówi Gajus (fr. 16. D. 50. 16).

Opracowane w zastosowaniu do municypjów zasady o osobie prawnej przechodzą następnie na różne korporacje prywatne, *collegia*, które zaczynają otrzymywać cywilną

zdolność prawną „na wzór municypjów” — „*ad exemplum rei publicae*” (fr. 1. 1. D. 3. 4). Pierwszym krokiem i pod tym względem było przyznanie im w edyktie pretorskim prawa dochodzenia i odpowiadania sądowego za pośrednictwem swych przedstawicieli. Za tym pierwszym krokiem nastąpiły dalsze, chociaż zdolność prawną korporacji w niektórych poszczególnych stosunkach była więcej ograniczona, niż zdolność prawną municypjów. Tak np. podczas gdy municypja już oddawna korzystały z zapisów testamentowych (legatów), to kolegia otrzymały to prawo dopiero na mocy uchwały senatu z czasów cesarza Marka Aureljusza (fr. 20. D. 34, 5), lub podczas gdy municypja już według prawa klasycznego mogły dziedziczyć, to kolegia nawet według prawa Justynjańskiego do korzystania z tego prawa musiały uzyskać specjalny przywilej (c. 8. C. 6. 24: „*Collegium, si nullo speciali privilegio subnixum sit, hereditatem capere non posse*”). Lecz były to tylko poszczególne ograniczenia; w zasadzie korporacja była uważana za specjalną osobę prawną, mogącą posiadać prawa i wstępować w stosunki prawne. W przeciwstawieniu do poprzedniego zapytywania prawnicy klasyczni wyraźnie już odróżniają *corpus* lub *universitas* od poszczególnych osób w ich skład wchodzących: „*In decurionibus vel aliis universitatibus nihil refert, utrum omnes idem maneant, an pars maneant, vel omnes immutati sint*”. (fr. 7. 2. D. 3. 4; „*Si quid universitati debetur, singulis non debetur, nec quod debet universitas, singuli debent*” (fr. 7. 1. D. 3. 4); niewolnik należący do korporacji nie jest *servus plurium*, sed *corporis*” (fr. 16. D. 50. 16).

Lecz w tym czasie, kiedy w prawie rzymskiem rozwijało się przyznanie osobowości prawnej korporacjom, w państwie rzymskiem powstaje trudna kwestja wolności stowarzyszeń. W pierwszej połowie rzeczypospolitej nie było żadnych pod tym względem ograniczeń: obywatele mogli tworzyć stowarzyszenia, collegia, zupełnie swobodnie, bez żadnego pozwolenia rządu, a wiemy w jak szerokim zakresie korzystali Rzymianie z tej wolności; na schyłku rzeczypospolitej ilość tych kolegów dochodzi do nadzwyczajnych rozmiarów. Lecz w I wieku przed Chr. widzimy już cały szereg

środków skierowanych przeciwko kolegjom. W czasach ogólnego politycznego i socjalnego kryzysu, ogólnej demoralizacji, kolegja zawodowe i religijne (*sodalitates*) stawały się ogniskami politycznej demagogii, a czasem (jak o tem świadczy np. *senatusconsultum de Bacchanalibus*) i miejscem, gdzie pod pokrywką kultu religijnego uprawiano czyny przeciwne moralności. Z tego względu *senatusconsultum* z 64 r. rozwiązało wszystkie kolegja, które po zbadaniu przez magistratus uznane zostały za szkodliwe dla porządku społecznego („*quae adversus rem publicam videbantur esse*”). Krok ten jednak wywołał silną opozycję i w r. 58 na wniosek trybuna Kłodjusza została wydana ustawa, na mocy której rozwiązane kolegja zostały przywrócone. Lecz trwało to niedługo, gdyż już w 56 r. senat znowu rozwiązał stowarzyszenia, które zamieniły się na kluby polityczne (głównie zdaje się *sodalitates*). Energiczniej jeszcze postąpił Cezar, rozwiązał bowiem wszystkie kolegja z wyjątkiem tylko niektórych najdawniejszych — „*praeter antiquitus constituta*”.

Lecz przez te rozwiązywania stowarzyszeń bynajmniej nie została rozstrzygnięta kwestja warunków do powstania nowych, potrzeba których bezwątpienia istniała. Z tego względu cesarz August wydał ustawę — *lex Iulia de collegiis*, na mocy której do zawiązania nowego stowarzyszenia wymagano pozwolenia senatu. Kolegja, które otrzymały takie pozwolenie („*quibus ex senatusconsulto coire licet*”), nazywały się *collegia licita*; równocześnie z tem kolegja tego rodzaju *eo ipso* otrzymywały prawa osoby prawnej. „*Quibus autem permissum est corpus habere collegii, societatis sive cuiusque alterius eorum nomine, proprium est ad exemplum rei publicae habere res communes, arcam communem et actorem sive syndicum, per quem tamquam in republica, quod communiter agi fierique oporteat, agatur, fiat*“ (fr. 1. 1. D. 3. 4.).

W ten sposób na schyłku rzeczypospolitej, w początkach cesarstwa osobowość prawna została przyznana municypjom i prywatnym korporacjom. Co się zaś tyczy państwa — skarbu, to proces jego zamiany na osobę prawną napotykał na pewne trudności z tej racji, że z chwilą powstania ce-

sarstwa obok aerarium powstał fiscus, który, jak wiadomo, stopniowo zagarnął wszystkie dochody państwa, a przez to aerarium sprowadził do roli zwykłej kasy miejskiej Rzymu.

Początkowo fiscus był uważany za osobisty majątek princepsa, a wskutek tego w zasadzie podlegał przepisom zwykłego prawa cywilnego. Wprawdzie na cesarzu spoczywał publiczno-prawny obowiązek korzystania z tego majątku na potrzeby państwowe, lecz obowiązek ten nie krępował princepsa, gdyż prawnie był on takim samym właścicielem i wierzycielem jak wszystkie inne personae privatae. Dzięki temu wspomnianej wyżej potrzebie zadośćczyniono w jednym centrum środków państwowych zbliżonych w obrocie z majątkami osób prywatnych. W miejsce uwydatniającej się jedności populus Romanus w charakterze takiego centrum występuje obecnie fizyczna osobowość princepsa, lecz w każdym razie tak ważne zagadnienie życia praktycznego do pewnego stopnia zostało rozstrzygnięte. W miarę ześrodkowywania się wszystkich źródeł dochodów państwowych w fiskusie, wspomniany pogląd rozszerzył się na całą dziedzinę majątkowych stosunków państwa.

Niezależnie jednak od tego zasadniczego uznania princepsa za cywilno-prawny podmiot majątku fiskalnego, w całym szeregu wypadków majątek ten ze względu na swój specjalny charakter państwowy podlegał szczególnym przepisom, odrębnym od norm zwykłego obrotu cywilnego. W ten sposób powstał stopniowo dość znaczny system przywilejów fiskalnych—privilegia fisci: majątek fiskusa nie podlega zasiedzeniu, pretensje fiskusa mają prawo pierwszeństwa przed innymi wierzycielami, fiskus posiada ustawowe prawo zastawowe na całym majątku dłużnika i t. d. Wiele z tych przywilejów rozciągnięto również na prywatne stosunki majątkowe cesarza i cesarzowej.

W czasach późniejszych zaczyna przebijać się nieraz myśl, że majątek fiskalny jest majątkiem państwa, jako takiego (rozporządzenie cesarza Pertinaksa: majątki te nie są *idia τοῦ βασιλεύοντος ἀλλὰ κοινὰ καὶ δημόσια τῆς Ρωμαίων ἀρχῆς* — Herodianus, 2. 4. 7). Lecz wzrost władzy monarchicznej

i wpływ despotyzmu wschodniego przytłumił tę myśl, wskutek czego w prawie rzymskiem nie mamy jasnej teorii o państwie, jako odrębnej osobie prawnej. W praktyce państwo-skarb występuje jako osoba prawna, lecz w teorii szczególny jego charakter ginie w osobie cesarza.

Jeżeli osobowość prawna korporacji rozwijała się w Rzymie powoli i z trudnością, to jeszcze wolniej i z większą trudnością rozwijało się pojęcie samodzielnej zdolności prawnej drugiego rodzaju osób prawnych — fundacyj.

Prawo rzymskie nie tylko z czasów rzeczypospolitej, lecz także prawo prawników klasycznych nie zna fundacyj w ścisłym tego słowa znaczeniu. Wprawdzie cesarze stosunkowo wcześniej rozwijają działalność dobroczynną, ofiarowując pewne fundusze na utrzymanie sierot i t. d. (t. zw. fundacje alimentacyjne cesarzy), lecz fundusze te nie tworzą samodzielnego centrum: albo są traktowane jako część fiskusa albo są przekazywane już istniejącym municypalnym osobom prawnym z zastrzeżeniem użytkowania dochodów na pewne określone cele. Dopiero z chwilą rozszerzenia się chrześcijaństwa i uznania go za religję państwową została przygotowana gleba do rozwoju samodzielnych fundacyj. Najpierw cywilną zdolność prawną otrzymały instytucje kościelne — *ecclesiae*: poszczególne kościoły otrzymały prawo nabywania majątku i korzystania z dziedziczenia testamentowego, mogły zostawać wierzycielami, występować jako strony w sądzie i t. d.; ponadto podobnie jak *fiscus* otrzymały różnego rodzaju przywileje. Później zdolność prawna przechodzi również na rozmaite prywatne zakłady dobroczynne, jak szpitale, ochronki i t. d., ponieważ podlegały one opiece władzy kościelnej (biskupów). Wszystkie te zakłady dobroczynne oznaczano zapomocą wyrażen *piae causae*, *pia corpora*, *venerabiles domus* i t. p. (c. 45. 9. C. 1. 3). Są one samodzielnymi podmiotami prawnymi, lecz teorii ich prawo rzymskie już nie rozwinęło.

Chociaż, jak widzieliśmy, osoby prawne nie osiągnęły w prawie rzymskiem zupełnego rozwoju, to jednak prawo rzymskie nie tylko stworzyło ideę osoby prawnej, lecz także dało jej zasadnicze ujęcie praktyczne: opra-

cowalo pojęcie zdolności prawnej niezależnej od osoby fizycznej, sposoby sztucznej zdolności do działania prawnego, a nawet zasadnicze typy osób prawnych (korporacje i fundacje). Świat nowożytny otrzymał w spadku bardzo subtelny sposób prawny, zapomocą którego mógł wprowadzać do zwykłego życia społeczności cywilnej jak najróżnorodniejsze twory społeczne i należy powiedzieć, że wykorzystał go w zupełności.

ROZDZIAŁ II.

HISTORIA PRAW RZECZOWYCH.

§ 8. POJĘCIE I RODZAJE PRAW RZECZOWYCH.

Jednem z zasadniczych zadań prawa cywilnego jest podział dóbr majątkowych czyli rzeczy, znajdujących się w posiadaniu danej społeczności, pomiędzy poszczególnych jej członków. Środkiem do uskutecznienia tego podziału jest nadanie tym członkom podmiotowych praw rzeczowych.

Stosownie do tej funkcji wszelkie prawo rzeczowe tworzy pewien bezpośredni związek prawny osoby z rzeczą — *ius in rem*: rzecz należy do danej osoby, a wszyscy inni członkowie społeczności winni uznać ten związek przynależności i nie naruszać go swojemi czynnościami. Wskutek tego wszelkie prawo rzeczowe ma charakter prawa bezwzględnego w tem znaczeniu, że jest skierowane do wszystkich i w razie naruszenia będzie bronione przeciwko wszystkim. W czyichkolwiek rękach znajdzie się rzecz moja, mam prawo żądania jej zwrotu na tej jedynie podstawie, że rzecz ta jest moja, że została mi przyznana przez porządek prawny.

Przeciwieństwem prawa rzeczowego, jako prawa bezwzględnego, jest prawo zobowiązaniowe, jako prawo względne. Roszczenie, wynikające z zobowiązania, jest skierowane pod adresem tylko jednej osoby — dłużnika i dlatego stanowi nie *ius in rem*, lecz *ius in personam*; tylko ta osoba może naruszyć prawo wierzyciela (np. nie płacąc długu) i dlatego jedynie przeciwko niej może mieć zastosowanie obrona *actio in personam*).

Różnica pomiędzy prawem rzeczowym i zobowiązaniem najwyraźniej występuje w tych wypadkach, w których przedmiot zobowiązania jest również jakaś rzecz określona: np. sprzedałem komuś pewnego ściśle określonego konia. Umowa sprzedaży nie daje jeszcze sama przez się kupującemu rzeczowego prawa własności, lecz tylko prawo zobowiązaniowe żądania od sprzedawcy wręczenia rzeczy. Jeżeli sprzedawca mimo to sprzeda tę samą rzecz osobie drugiej i wręczy jej tę rzecz, to pierwszy nabywca będzie posiadał prawo żądania od sprzedawcy wynagrodzenia szkód z powodu niewykonania umowy; w stosunku zaś do samej rzeczy nie posiada żadnych praw, ponieważ zwykła umowa nie tworzy prawa rzeczowego, bez pośredniego z rzeczą związku prawnego: wiąże tylko osobę z osobą, a nie osobę z rzeczą. Do powstania tego ostatniego — rzeczowo-prawnego — związku niezbędny jest specjalny akt wręczenia (*traditio*).

Prawo rzeczowe daje osobie władztwo prawne nad rzeczą; lecz władztwo to może być różnego rodzaju i różnej treści, wskutek czego prawa rzeczowe nie są jednakowe.

a) Zasadniczem prawem rzeczowym jest prawo własności: daje ono właścicielowi w zasadzie zupełną władzę nad rzeczą. Właściciel ma prawo posiadania rzeczy, korzystania z niej według swej woli (*ius utendi et abutendi*) oraz rozporządzania nią (*ius disponendi* — prawo sprzedaży, zastawu), lecz takie zupełne, bezwzględne władztwo istnieje tylko w zasadzie: państwo może nakładać na właściciela pewne ograniczenia i rzeczywiście zawsze we wszystkich okresach historii spotykamy w mniejszym lub większym stopniu pewne ograniczenia (ograniczenia w interesie sąsiadów lub ze względu na dobro ogólne); wobec tego własność bezwzględnie zupełna faktycznie nigdy nie istnieje. Może nawet zdarzyć się, że na mocy pewnych rozporządzeń dany właściciel nie będzie miał, ani prawa posiadania, ani prawa korzystania, ani prawa rozporządzania; własność w tym wypadku stanie się nuda *proprietas* (np. posiadam majorat, którym właściciel wogóle nie może rozporządzać; nadto poprzedni właściciel zapisał ten majorat na dożywotnie użytkowanie wdowie po sobie: dopóki ona żyje, nie posiadam

żadnej korzyści ze swego olbrzymiego majątku). Mimo to własność tego rodzaju nie jest niczem: z chwilą zniknięcia ograniczeń (śmierci wdowy, zmiany ograniczeń przez prawo) własność w całej swej pełni odradza się. To właściwe prawu własności dążenie do odradzania się w całej swej pełni nazywa się zasadą elastyczności prawa własności.

b) Lecz oprócz prawa własności istnieją prawa rzeczowe o treści ograniczonej, czyli prawa rzeczowe na rzeczy cudzej — *iura in re aliena*. Własność rzeczy przysługuje jednej osobie, ale druga posiada na niej także pewne bezpośrednie prawo rzeczowe, lecz co do swej treści ograniczone. Te *iura in re aliena* dzielą się na dwie grupy:

1) Pierwszą grupę stanowią prawa rzeczowe korzystania z rzeczy cudzej. Należą tu głównie t. zw. służebności. Jedne z nich nadają prawo korzystania z cudzej rzeczy pewnej określonej osobie; takim jest np. prawo dożywotniego użytkowania (*ususfructus*): dopóki ta określona osoba istnieje, dopóty może korzystać z rzeczy, a prawo właściciela na ten czas gaśnie. Służebności tego rodzaju, ponieważ są związane z określoną osobą, nazywają się służebnościami osobistymi — *servitutes personarum* (rzecz służy — *servit*, osobie — *personae*). Inne służebności nadają prawo korzystania nie pewnej określonej osobie, lecz każdemu kto będzie w ich posiadaniu: np. nadają prawo przejazdu przez swój grunt koleją lub rzeką każdemu właścicielowi gruntu sąsiedniego, który potrzebuje tego przejazdu. W wypadkach tego rodzaju jeden grunt służy potrzebom gospodarczym drugiego, stąd pierwszy nazywa się *praedium serviens*, a drugi — *praedium dominans*, same zaś służebności nazywają się służebnościami gruntowymi czyli rzeczowymi — *servitutes praediorum*. Prawnie podmiotem prawa przejazdu będzie każdorazowy właściciel gruntu panującego (*praedium dominans*): przejście tego gruntu z rąk do rąk (drogą dziedziczenia, sprzedaży) eo ipso powoduje zmianę osoby uprawnionej do korzystania. Następnie służebności gruntowe dzielą się na służebności miejskie i wiejskie — *servitutes praediorum*

urbanorum i servitutes praediorum rusticorum. Podstawą tego podziału jest gospodarcze przeznaczenie gruntu panującego: jeżeli jest przeznaczony pod uprawę rolną, to służebność ustanowiona w celach tej uprawy będzie stanowiła służebność wiejską; jeżeli *praedium dominans* stanowi grunt przeznaczony pod budowę domu, to będziemy mieli służebność miejską.

Każda służebność tak osobista jak gruntowa jest prawem rzeczowym na cudzej rzeczy, ponieważ tworzy, chociaż ograniczone, ale bezpośrednie władztwo nad rzeczą. Niezależnie od tego w czyich rękach będzie znajdować się rzecz służebna, zawsze będzie podlegać temu władztwu, przy czem władztwo to nie zależy od woli każdorazowego jej właściciela. Tem służebność różni się od rozmaitych stosunków zobowiązaniowych, stanowiących także niejednokrotnie prawo korzystania z cudzej rzeczy. Tak np., jeżeli oddam swój majątek w dzierżawę, to dzierżawca otrzyma prawo korzystania z niego, lecz prawo to w stosunku do mnie będzie tylko prawem osobistym; jeżeli następnie ten majątek sprzedam innej osobie, to osoba ta może nie zgodzić się na dzierżawę i usunąć dzierżawcę; dzierżawca będzie miał jedynie prawo żądania od właściciela wynagrodzenia szkód. Inaczej przedstawia się rzecz, gdy korzystanie tworzy służebność, wówczas sprzedaż majątku dokonana przez właściciela nie może pozbawić ani zmniejszyć praw dożywotnego jej posiadacza: jego prawo posiada całkowitą moc przeciwko wszelkim nowym właścicielom.

2) Drugą grupę *iura in re aliena* stanowią prawa rzeczowe rozporządzania cudzą rzeczą. Należy tu prawo zastawowe. Istota jego polega na tem, że wierzyciel, który otrzymuje rzecz w zastaw, ma prawo w razie nieuiszczenia długu sprzedać ją w celu pokrycia długu, czyli rozporządzać nią. Prawo zastawowe jest także prawem rzeczowym na cudzej rzeczy: rzecz pozostaje własnością dłużnika, który ją zastawia; lecz wierzyciel ma prawo odebrania jej od każdego ktokolwiek będzie ją posiadał, w tym celu, aby potem ją sprzedać: późniejsze przejście rze-

czy drogą sprzedaży nie wpływa na zmianę praw wierzyciela — jego prawo idzie za rzeczą.

Takie są podstawowe rodzaje stosunków prawnorzeczowych. Lecz wszystkie te rodzaje nie powstały odrazu; rozwinęły się w historii drogą powolnego i trudnego procesu. I tu prawo rzymskie kroczyło naprzód i torowało drogę.

Jak we wszystkich innych dziedzinach tak i w dziedzinie prawa rzeczowego historia rzymska tworzy połączenie dwóch warstw: u podstaw widzimy warstwę instytucyj dawnego prawa cywilnego; stopniowo nad nią tworzy się warstwa instytucyj prawa pretorskiego. Lecz tworzenie się warstwy instytucyj prawa pretorskiego nie znosi wcale warstwy pierwszej; przez długi czas widzimy równoczesne istnienie obydwóch rodzajów, przeplatających się wzajemnie nieraz w sposób bardzo sztuczny. Dopiero prawo późniejsze (klasyczne i poklasyczne) dokonywuje niezbędnej pracy ujednostajnienia i uproszczenia.

I. INSTYTUCJE PRAWA CYWILNEGO.

§ 9. PRAWO WŁASNOŚCI. ROZWÓJ POJĘCIA DOMINIUM EX IURE QUIRITUM.

Instytucja własności prywatnej, oznaczana później za pomocą wyrazów *dominium* lub *proprietas*, istnieje ze wszystkimi swymi istotnymi cechami już w dawnym prawie cywilnem. Prawnicy rzymscy patrzą na nią jako na instytucję odwieczną. Jednak w najdawniejszej historii spotykamy pewne zjawiska (podział rzeczy na *res mancipi* i *nec mancipi*, wzmianka o rozróżnianiu *familia* i *pecunia*), które szczególnie w związku z danymi historycznymi, pochodzącymi od innych narodów, każą wnioskować, że i w Rzymie własność prywatna powstała nie odrazu, lecz poprzedził ją długi okres przygotowania i opracowania tego pojęcia. Lecz, rozumie się, co do tego przedhistorycznego okresu własności rzymskiej możemy tylko czynić mniej lub więcej prawdopodobne przypuszczenia.

Poczucie prywatnej, indywidualnej przynależności rzeczy (zaczątek późniejszego prawa własności) zjawia się najpierw bezwątpienia w stosunku do rzeczy ruchomych; jak już

widzieliśmy (t. I. § 5), nieruchomości (ziemia) początkowo znajduje się w pewnego rodzaju wspólnem posiadaniu.

Upolowana przez jakąś osobę dziczyzna, złowiona ryba, zrobiona broń, z samej natury są uważane za rzecz należącą do tego, kto ją zdobył lub zrobił. Poczucie „to rzecz moja” powstaje tu wprost z psychologicznej konieczności. Również było rzeczą naturalną, że człowiek będzie bronił swej rzeczy przeciwko naruszeniom ze strony innych i że będzie starał się zdobyć ją zpowrotem siłą własną w razie zabrania jej przez kogoś innego. Lecz poczucie to przynależności rzeczy ruchomych, jak świadczy historia, przez długi jeszcze czas nie posiadało prawnego charakteru własności w tej postaci w jakiej jest ona znana prawu więcej rozwiniętemu. Jeżeli moją rzecz posiada inna osoba i jeżeli żądam od niej jej zwrotu, to w prawie dawnem (np. starogermańskiem) żądanie to opierało się nie na tej podstawie, że rzecz jest moja, lecz że została mi ukradziona, zabrana i że posiadacz albo sam bezpośrednio jest sprawcą tego przestępstwa albo ubocznie (przez to, że posiada zabraną rzecz) staje się jego spółnikiem. Nie tyle więc prawo powoda do rzeczy, ile raczej przestępstwo pozwanego służy za podstawę skargi.

Prawdopodobnie tak samo rzecz się miała w pierwotnem prawie rzymskiem: prawo do rzeczy ruchomych było bronione zapomocą skarg o przestępstwo (głównie *actio furti*); przysługująca prawu własności, jako takiemu, skarga — *rei vindicatio* — w stosunku do rzeczy ruchomych albo wcale nie była stosowana (jak przypuszczają jedni, np. Girard¹) albo jeżeli była stosowana, to nie była skargą o własność, lecz także posiadała charakter skargi o przestępstwo (jak sądzą inni, np. Mayr²). Prawo na rzeczach ruchomych w tej epoce nie posiadało jeszcze charakteru ścisłego związku prawnego pomiędzy osobą i rzeczą, związku, który już sam przez się mógłby służyć za podstawę skargi.

Inaczej ułożyły się stosunki co do nieruchomości. Gdy pojęcie o wspólnem prawie całego narodu do ziemi,

¹ Manuel, 5 wyd., str. 350.

² Röm. Rechtsgeschichte, I, 2—te Hälfte, str. 47.

a później i poszczególnych gentes, stopniowo zatarło się, przynależność ziemi zaczyna łączyć się z osiadłą na niej rodziną — familia (własność rodzinna). Ziemia należy do rodziny, jako takiej, w osobie jej głowy i przedstawiciela — władcy domu. Lecz przynależność ta posiada specjalny charakter: podział ziemi pomiędzy poszczególne rody i rodziny opiera się nie na zasadzie jakiegoś aktu prywatnej osoby, lecz na woli całego narodu, jest wyrazem pewnego ogólnopañstwowego, publicznego porządku. Dany kawałek gruntu należy do naczelnika rodziny jako członka społeczeństwa, jako obywatela, *quiris*; sam grunt — „*fundus*” — był nawet, jak już wzmiankowaliśmy, nie tyle określoną częścią terytorjum, ile raczej pewnym udziałem ilościowym danej rodziny w ogólnej własności rolnej. Prawo obywatela do tego udziału, wynikające z jego stanowiska jako członka społeczności i całkowicie przesiąknięte publiczno-prawnym charakterem, jest prawdopodobnie tem, co w najdawniejszych czasach oznaczano zapomocą wyrażenia „*ex iure Quiritium*”. „*Fundus meus est ex iure Quiritium*” oznacza, że grunt przysługuje mi na mocy prawa obywatelstwa, na mocy porządku publicznego podziału ziemi pomiędzy członków społeczności.

Wobec tego zrozumiął jest rzeczą, że dany grunt przydzielony pewnej rodzinie winien tak długo pozostawać w jej posiadaniu, dopóki istniejący podział nie zostanie zmieniony przez jakiś nowy akt publiczny (np. nowy podział). Jeżeli przywłaszczy go sobie ktoś inny, to naczelnik rodziny może żądać zwrotu niezależnie od tego w jaki sposób — w dobrej czy złej wierze — obecny posiadacz został posiadaczem: sprawa będzie szła nie o usunięcie następstw prywatnego przestępstwa, lecz o przywrócenie publicznego porządku podziału ziemi. W ten sposób tutaj po raz pierwszy powstaje pojęcie pewnego związku prawnego osoby z rzeczą — pierwszy i najistotniejszy składnik prawa własności. W związku z tem prawdopodobnie powstała *rei vindicatio* ze swem uroczystem oświadczeniem: „*Hunc fundam ex iure Quiritium meum esse aio*”, a może nawet tu po raz pierwszy powstała ingerencja władzy państwowej w sporach prywatnych, która znalazła swój wyraz w zakazie walki fizycznej („*mittite ambo rem*”).

Lecz prawo na nieruchomości, posiadając jeden z istotnych składników własności, przez długi jeszcze czas nie posiadało drugiego, mianowicie swobody rozporządzania. Dany grunt, jak powiedzieliśmy, był przydzielony nie naczelnikowi rodziny, jako takiemu, lecz całej rodzinie: był nieodłączną jej przynależnością, materialną podstawą. Nieograniczony w swej władzy w stosunku do członków rodziny i owoców ich pracy (rzeczy ruchome) paterfamilias nie mógł rozporządzać ziemią rodzinną w ten sposób, aby mogła przejść w ręce innej rodziny — nie mógł sprzedać, darować i t. p. Akt jego prywatnej woli nie mógł zmienić porządku publicznego.

Z biegiem jednak czasu oba te pojęcia zaczynają stopniowo zbliżać się. Z jednej strony publiczno-prawny charakter prawa na nieruchomości i idea własności rodzinnej zanikają: paterfamilias nabywa także w stosunku do ziemi swobodę rozporządzania. Z drugiej strony zasada windykacyjna zaczyna stosować się i do ruchomości: są one broniene nie tylko na podstawie przestępstwa, lecz również na podstawie przynależności ich do pewnej osoby. Ius Quiritium zatracza znaczenie prawa publicznego i zaczyna oznaczać prawo własności wogóle.

Proces tego stopniowego łączenia się tych dwóch zasad i wytwarzania jednego pojęcia dominium ex iure Quiritium, rozumie się, w całym swym historycznym przebiegu nie jest dokładnie znany. Pozostały jednak po nim pewne ślady.

Z jednej strony posiadamy w źródłach pewne niejasne wzmianki, świadczące o tem, że w najdawniejszej epoce majątek dzielił się na dwa rodzaje oznaczane zapomocą wyrazów *familia* i *pecunia*¹. Ustawa XII tablic, normując dziedziczenie, mówi raz o *familia* to znów o *pecunia*; podobnie tylko o *pecunia* mówi się w przepisach XII tablic odnośnie do opieki nad umysłowo chorymi. Mimo niejasności tych wzmianek, zestawienie ich świadczy o tem, że niektóre przedmioty

¹ Patrz *Ihering*, *Entwicklungsgeschichte des röm. Rechts*, str. 81 nn. *Mitteis*, *Römisches Privatrecht bis auf die Zeit Diokletians*, str. 79 nn.

majątkowe w czasach najdawniejszych były ściślej związane z rodziną (familia) i dopuszczały mniejszą swobodę rozporządzania, aniżeli inne (pecunia). Jakie przedmioty należały do pierwszej, a jakie do drugiej kategorii, tego ze samych wyrażań familia i pecunia wywnioskować nie można; z pomocą przychodzi tu inny więcej już znany fakt historyczny.

Prawo cywilne dzieli wszystkie przedmioty majątkowe na res Mancipi i nec Mancipi. Według określenia prawników klasycznych (Ulpiani reg. 19. 1) do res Mancipi należą grunta italskie (praedia in Italico solo — fundus i domus), następnie niektóre ze służebności gruntowych (via, iter, aquaeductus) i wreszcie niewolnicy i roboczy inwentarz (servi i quadrupedes, quae dorso collove domantur, velut boves, muli, equi, asini). Wszystkie pozostałe rzeczy należą do res nec Mancipi.

Zasadnicze znaczenie tej różnicy dla późniejszego prawa cywilnego polegało na tem, że podczas gdy res nec Mancipi mogły przechodzić z rąk do rąk zapomocą zwykłego, nieformalnego wręczenia — traditio, to dla przeniesienia prawa własności odnośnie do res Mancipi był niezbędny formalny akt Mancipatio (do którego przyłączyła się później także formalna in iure cessio — Gai II. 18 i nast.).

Wyliczone rzeczy, należące do kategorii res Mancipi, wskazują, że były to właśnie rzeczy, które tworzą podstawę rolnego gospodarstwa włościańskiego: grunt i niezbędny inwentarz roboczy. Bez tego ostatniego sam grunt, na którym mieszka rodzina włościańska będzie martwym kapitałem, a rodzina będzie pozbawiona możności gospodarczego istnienia; wiadomo np., że u naszych włościan utrata roboczego konia staje się zwykle początkiem zupełnej ruiny.

Wszystko to każe nam łączyć podział rzeczy na res Mancipi i nec Mancipi z podziałem na familia i pecunia i dopatrywać się w pierwszym jedynie słabego oddźwięku drugiego. Bardzo prawdopodobnem jest, że we wskazanym wyżej procesie stopniowego rozszerzania się pojęcia dominium ex iure Quiritium na rzeczy ruchome, najpierw rozciągnięto to pojęcie na niewolników i inwentarz roboczy: stanowiąc niezbędny warunek normalnego gospodarczego istnienia ro-

dziny, zaczęto oznaczać ich wraz z fundus i domus zapomocą wyrazu familia. Pierwotna niepozbywalność gruntu czasem odpada, lecz w celu zabezpieczenia interesów rodziny pozostaje jeszcze to, że przy wyzbywaniu rzeczy, wchodzących w skład familia, wymagano zachowania pewnej uroczystej, publicznej formy. Nadto z chwilą ustanowienia cenzusu te rzeczy posiadały główne znaczenie dla określenia stanowiska majątkowego obywatela (res censui censendo); wskutek tego pożądanem było, aby przechodzenie ich z rąk do rąk było dokonywane formalnie i publicznie. W ten sposób dawne pojęcia zetknęły się z nowymi warunkami życia i przekształciły poprzedni podział na familia i pecunia na nowy — res mancipi i nec mancipi.

Z wyjątkiem powyższego żadnych innych rodzajów rzeczy odnośnie do pojęcia prawa własności w prawie cywilnem w epoce historycznej nie spotykamy: własność jest tylko jedna tak co do swej treści jak również sposobów obrony.

Mimo jednak swego bezspornie prywatnego charakteru, własność kwirytarna posiada jeszcze pewne ślady swego poprzedniego publiczno-prawnego znaczenia. Tak np. podmiotem jej może być tylko obywatel rzymski albo ci z cudzoziemców, którzy otrzymali ius commercii; peregrini nie mogą posiadać prawa kwiryckiego na rzeczy. Wprawdzie z biegiem czasu, jak wiadomo, peregrini otrzymali obronę, wskutek czego należące do nich rzeczy zostały broniące zapomocą norm ius gentium analogicznie do prawa własności; lecz prawo cudzoziemca w stosunku do rzeczy nie jest własnością kwirytarną. Stąd też obok systemu cywilnych czyli kwiryckich praw rzeczowych powstał w Rzymie specjalny system praw peregryńskich — specjalna własność peregryńska.

Z drugiej strony rzeczywiste ius Quiritium mogło istnieć tylko na gruntach, wchodzących w skład terytorjum rzymskiego w ścisłym tego słowa znaczeniu, j. z chwilą rozszerzenia obywatelstwa na całą Italię, tylko na provincia in Italico solo. Grunta prowincjonalne nawet dla obywateli rzymskich nie mogły być przedmiotem pry-

watnego prawa kwiryckiego: uważano je za majątek całego narodu rzymskiego, przyczem posiadanie gruntu prowincjonalnego przez poszczególne osoby traktowano nie jako dominium, lecz jako *possessio*. Podczas gdy te *possessiones* prowincjonalne były obciążone podatkiem, własność kwirytarna na gruntach italskich w okresie rzeczypospolitej była zupełnie wolna od wszelkich ciężarów, wskutek czego wolność od podatków w tym czasie uważano jako istotną cechę prawa własności kwirytarnej. Chociaż posiadanie gruntów prowincjonalnych teoretycznie nie było rzeczywistą własnością, praktycznie jednak sądy prowincjonalne broniły go jako własności, wskutek czego z powstaniem prowincyj zjawiała się nowa kategoria prawna — własność prowincjonalna, posiadająca swoje specjalne normy i specjalne środki obrony.

Jak wiemy, własność, dążąc w zasadzie do swej pełni i nieograniczoności, w rzeczywistości na mocy pozytywnych przepisów prawa może podlegać pewnym ograniczeniom, czy to ze względu na dobro ogólne, czy ze względu na spokojne życie sąsiedzkie. Takim ograniczeniom podlega i własność kwirytarna już w dawnym prawie cywilnem, przyczem ograniczenia te są ustanowione ze względu na interesy sąsiadów. Miejski charakter starorzymskiej osady i naturalne przy tem skupienie mieszkań w zupełności tłumaczą to zjawisko. Już ustawy XII tablic znają cały szereg podobnych ograniczeń. Najważniejsze z nich są następujące: a) Właściciel obowiązany jest zostawić pomiędzy gruntem *suo* i sąsiada wolną przestrzeń ziemi (dla przejścia, przejazdu, zwrócenia pługa) szerokości $2\frac{1}{2}$ stopy, t. zw. *ambitus*. b) Właściciel musi tolerować gałęzie z drzewa sąsiada, zwieszające się nad jego gruntem, jeżeli znajdują się na wysokości nie mniejszej od 15 stóp. c) Właściciel winien wpuścić sąsiada na swój grunt co drugi dzień (*tertio quoque die*) dla zbierania owoców opadłych ze swego drzewa. d) Właściciel nie powinien zmieniać sztucznymi środkami naturalnego odpływu wody deszczowej; przeciwko środkom tym służy specjalna skarga — *actio aquae pluviae arcedae*.

Wszystkie te ograniczenia są właściwe małym gospodarstwom okresu ustaw XII tablic. Z biegiem czasu dołączono do nich inne, np. przepis o *immissione*: nikt nie jest obowiązany znosić pochodzącego z sąsiedniego gruntu dymu, zapachu, łoskotu i t. p., jeżeli zjawiska te przekraczają pewne granice.

§ 10. FORMY OBROTU RZECZOWEGO¹.

W czasach pierwotnych każdy naród skutecznie obrót handlowy zapomocą bezpośredniej zamiany, t. j. wręczania rzeczy z rąk do rąk. Lecz praktyczne niedogodności bezpośredniej zamiany doprowadziły już bardzo wcześnie do stworzenia towaru — pośrednika; takim towarem — pośrednikiem było w Rzymie, jak wiadomo, początkowo drobne bydło (*pecunia* od *pecus*), a następnie kruszec, a mianowicie miedź w kawałkach (*aes rude*, *raudusculum*). Używanie kawałków kruszczu zamiast pieniędzy doprowadziło do tego, że przy każdym akcie prawnym konieczne było ważenie i przekonanie się o jego czystości, do czego służyło uderzanie o wagę. Gdy później zaczęto bić monetę, ważenie i uderzanie o wagę straciło swoje rzeczywiste znaczenie, mimo to pozostało jeszcze przez długi czas jako konieczna formalność każdej pieniężnej czynności prawnej.

Najdawniejszym znanym nam sposobem przenoszenia prawa własności kwirytarnej w Rzymie jest *mancipatio* Gajus (I. 119) opisuje ją w ten sposób: w obecności przynajmniej 5 specjalnie w tym celu powołanych świadków i specjalnego *libripensa*, trzymającego wagę, nabywca (kupujący) dotyka ręką rzecz, którą pragnie nabyć i wymawia formułkę kupna w sposób następujący, gdy np. idzie o kupno niewolnika: „*Hunc ego hominem ex iure Quiritium meum esse aio isque mihi emptus esto hoc aere aeneaque libra*”. Przytem uderzał kawałkiem miedzi o wagę i wręczał sprzedającemu — „*quasi pretii loco*”, zamiast ceny sprzedażnej.

¹ *Bonfante*, *Res mancipi e nec mancipi*, 1889. *Stintzing*, *Ueber die mancipatio*, 1904. *Polenske*, *Einführung in die Geschichte des römischen Privatrechts*, I Th., 1912.

Wszystkie te formalności przemawiają za tem, że *mancipatio* powstała jeszcze wówczas, kiedy zamiast pieniędzy używano kruszcu w kawałkach: wówczas widocznie miedź była wręczana nie w postaci małego kawałka i nie *pretii loco*, lecz w ilości umówionej i w charakterze rzeczywistej zapłaty; waga była potrzebna nie tylko do rytualnego uderzania, lecz także do rzeczywistego odważania miedzi. *Libripens* był osobą neutralną, która na zaproszenie stron przybywała z wagą i dokonywała odważania.

W takiej naturalnej postaci *mancipatio* historycznie musiała najpierw powstać w zastosowaniu do tych rzeczy, które w najdawniejszym czasie były jedynym przedmiotem wolnej zamiany, t. j. do rzeczy ruchomych — *pecunia*. Lecz później, z chwilą rozszerzenia swobody rozporządzania, przeniesiona została na familia i stała się w następstwie specyficzną formą obrotu dla tych ostatnich rzeczy, które z tego właśnie względu otrzymały nazwę *res mancipi*. Rozwój zamiany odnośnie do *res nec mancipi* doprowadził do tego, że już bardzo wcześniej dopuszczono przechodzenie ich z rąk do rąk zapomocą zwykłego wręczenia — *traditio* — bez żadnych formalności.

Zachowana w interesie jawności dla *res mancipi* *mancipatio* w ustawach XII tablic podległa, zdaje się, pewnemu unormowaniu.

Od najdawniejszych czasów na mocy zwyczaju *mancipatio* winna dokonywać się w obecności świadków, lecz konieczna ich ilość 5 prawdopodobnie została przepisana przez prawo pozytywne. Niektórzy ze współczesnych uczonych (np. *Sohm*) uważają pięciu świadków przy *mancipatio* za przedstawicieli pięciu klas *cenusowych*, wskutek czego *mancipatio* uważana jest za akt prawny dokonany jakby w obecności całego narodu. Lecz teoria ta jest mało prawdopodobna, ponieważ liczba 5 stanowi tylko minimum, jak to wynika z samych słów Gajusa: „non minus quam quinque testibus”. W każdym razie prawdopodobnem jest, że to minimum zostało ustanowione w celu uniknięcia niepewności przez ustawy XII tablic.

Gdy w Rzymie zaczęto bić monetę, to fakt ten nie mógł pozostać bez wpływu na *mancipatio*. Dopóki cenę kupna odważano przy samej *mancipatio*, rzecz i cena przechodziły

w ręce kontrahentów jednocześnie. Od chwili wprowadzenia bitej monety okazało się, że zapłata pieniężna winna odbywać się poza aktem mancipacji wskutek czego mogło zdarzyć się, że rzecz przeszła w ręce kupującego, a sprzedawca nie otrzymał pieniędzy. Aby zrównać stanowisko stron, ustawy XII tablic postanowiły, że prawo własności na rzeczy przechodzi na kupującego dopiero wówczas, gdy cena zostanie zapłacona lub w jakiś sposób zabezpieczona. (§ 41 Inst. 2. 1).

Wprowadzenie monety powoli zupełnie zmieniło wewnętrzny charakter mancipatio. Jeżeli powstała ona jako rzeczywisty akt kupna-sprzedaży, to obecnie, gdy cena wyszła poza granice aktu, formę mancipacji można było wykorzystywać i do innych celów, np. do *darowizny*: obdarowany wymiawiał formułkę mancipatio i następnie wręczał darczyńcy *pretii loco* jakąś małą monętę (*venditio nummo uno*). Pozostając co do formy kupnem-sprzedażą („*emptus mihi esto*”), mancipatio co do istoty swej zamieniła się na akt, mogący urzeczywistniać najróżnorodniejsze stosunki pomiędzy stronami, najróżnorodniejsze *causae*. W oczach prawników klasycznych jest ona już tylko *imaginaria venditio* (Gai. I 119). Później zobaczymy jak prawo cywilne szeroko korzysta z niej dla najrozmaitszych celów (usynowienia, zapisów i t. d.).

Już do dawnego prawa cywilnego — w każdym razie do ustaw XII tablic — odnosi się ustanowienie dodatkowej odpowiedzialności sprzedawcy wobec kupującego z racji mancipatio. Takiej odpowiedzialności znane są dwa rodzaje: a) Jeżeli później okaże się, że sprzedawca (mancypant) nie był właścicielem mancipowanej rzeczy i rzecz ta zostanie kupującemu odebrana zapomocą *rei vindicatio*, to sprzedawca odpowiadał wobec kupującego *in duplum pretii*, t. j. był obowiązany zwrócić otrzymaną cenę w dwójnasób. Pretensję tę urzeczywistniano zapomocą *actio auctoritatis*, przyczem widocznie odpowiedzialność sprzedawcy uważano jako pewien rodzaj odpowiedzialności za *furtum nec manifestum*. b) Przy sprzedaży nieruchomości istotną rzeczą było wskazanie rozmiaru sprzedawanego gruntu; jeżeli później okazało się, że rzeczywista przestrzeń gruntu nie odpowiadała podanemu rozmiarowi, to sprzedawca także odpowiadał na podwójną wartość

brakującego gruntu, mianowicie także jak *fur nec manifestus*. Skarga w tym wypadku nazywała się *actio de modo agri*.

Słowna formułka *mancipatio*—t. zw. *nuncupatio*—doпускаła rozmaite modyfikacje, dodatki, dzięki którym strony mogły wносить do aktów prawnych różnego rodzaju określenia dodatkowe—t. zw. *leges mancipii*. Tak np. przy sprzedaży kawałka gruntu sprzedawca mógł sobie wymówić prawo dożywotnego użytkowania, prawo przejazdu przez sprzedany grunt i t. d. (*mancipatio deducto usufructo, deducta via*). Ustawy XII tablic sankcjonowały te dodatki zapomocą wyrażenia: „*Cum nexum faciet mancipiumque uti lingua nuncupassit, ita ius esto*”.

Fakt ten jeszcze więcej rozszerzał zastosowanie mancytacji do rozmaitych stosunków i umożliwiał zastosowanie jej daleko poza granice pierwotnego zakresu.

Jednym z najbardziej rozpowszechnionych rodzajów zmodyfikowanej mancytacji była mancytacja *fiducjarna*: rzecz została przekazana na własność jakiejś osobie, lecz pod warunkiem „*fidei fiduciae causa*”. Znaczyło to, że nabywca danej rzeczy winien był korzystać z niej tylko w pewnym celu i z chwilą nastania przewidzianych przez umowę warunków zwrócić ją (wykonać *remancipatio*) mancypan-towi. Cele takiej mancytacji *fiducjarnej* mogły być bardzo rozmaite.

Gajus (II. 60) wspomina o *fiducia cum creditore* i *cum amico*: w pierwszym wypadku rzecz przekazywano jako zastaw dla zabezpieczenia długu, w drugim—na przecho-wanie. Lecz nie ulega wątpliwości, że zapomocą tej formy w starożytności zadośćczyniono i innym potrzebom prawnym — pożyczki, najmu, poręki i t. p., dla których jeszcze nie istniały wyrobione formy zobowiązaniowe. Zobowiązanie jednak nabywcy rzeczy do zwrócenia jej później mancypan-towi nie było jeszcze prawne: żadna skarga o spełnienie *fiducia* mancypan-towi nie przysługiwała; cała umowa opierała się jedynie na „dobrej wierze”—*fides*—swego kontrahenta. Niewykonanie tej „*fides*” pociągało za sobą dla tego ostatniego tylko hańbę moralną — *infamia*, lecz nie odpowiedzialność prawną. Mimo to mancytacja *fiducjarna* odgrywała bardzo wybitną rolę i zawierała

w sobie zaczątek całego szeregu przyszłych zobowiązań samodzielnych. Szerokie zastosowanie mancipacji do najrozmaitszych stosunków jest najlepszym przykładem tego, co nazywa się „zasadą ekonomji form” i w najoczywistszy sposób świadczy o sztuce „interpretacyjnej” najdawniejszych prawników rzymskich — pontyfików, którzy tego dzieła przystosowania dokonali.

Później niż mancipatio, lecz także jeszcze za czasów ustaw XII tablic, powstała druga forma przenoszenia praw rzeczowych — *in iure cessio*; jak podaje Paulus „*et mancipationem et in iure cessionem lex XII tabularum confirmat*” (Fr. Vatic. 50). Forma ta jest w całości wytworem sztucznego zastosowania procesu do potrzeb obrotu umownego: *in iure cessio* jest przekazaniem rzeczy wobec sądu w drodze fikcyjnego procesu o własność. Podobnie jak mancipatio w prawie późniejszym stała się *imaginaria venditio*, tak samo *in iure cessio* — lecz już od samego początku — stała się *imaginaria vindicatio*.

Na skutek wzajemnej zgody nabywca i wyzbywca rzeczy stawali przed magistraturą i tu nabywca jakoby wszczynał skargę o własność — *rei vindicatio*: dotykając rzeczy, wymawiał formułkę: „*Hunc ego hominem ex iure Quiritium meum esse aio*”. Wyzbywca milczał, a pretor na podstawie domniemanej *confessio in iure* („*confessus pro iudicato habetur*”) przysądzał rzecz fikcyjnemu windykantowi (*addicit rem* — Gai. II. 24). W ten sposób *in iure cessio* co do formy jest pozostałym w swem pierwotnem stadium procesem o własność, a co do istoty swej stanowi abstrakcyjny sposób przenoszenia prawa własności: *causa* jej nazewnątrz nie występuje; dlaczego wyzbywca milczał (może dlatego, że już otrzymał za rzecz pieniądze, czyli ją sprzedał, a może dlatego, że ją darował), tego z samego aktu *in iure cessio* wywnioskować nie można.

Podczas gdy mancipatio miała zastosowanie w prawie cywilnem tylko w stosunku do *res mancipi*, *in iure cessio* była dopuszczalna w stosunku do wszelkich rzeczy, czyli także do *res nec mancipi*, gdyż *vindicatio* była dozwolona także względem nich. Następnie w przeciwstawieniu do mancipatio *in iure cessio* nie pociąga za sobą ani *actio auctoritatis*,

ani *actio de modo agri*. In *iure cessio* dopuszczała także w swojej formułce pewne dodatki, np. *deductio służebności* („*hunc fundum meum esse deducto usufructu*” — Fr. Vat. 50), albo umowę o *fiducia* (Gai. II. 59).

In *iure cessio* podobnie jak *mancipatio* została później rozciągnięta na cały szereg innych wypadków, w których już nie szło o przeniesienie prawa własności; wszystko co mogło być przedmiotem skargi, *vindicatio*, mogło być i jej przedmiotem. Już widzieliśmy zastowanie tej formy przy wyzwoleniu niewolnika (*manumissio vindicta*); później zobaczymy zastosowanie jej przy usynowieniu i t. p. Dzięki swej prostocie i abstrakcyjności in *iure cessio* stała się bardzo dogodną formą i zajęła pod tym względem miejsce równorzędne z *mancipatio*.

Wreszcie już dawne prawo cywilne zna zasiedzenie — *usus, usucapio* — jako sposób nabycia prawa własności. Niezachowanie formy lub nabycie od osoby, która sama nie była właścicielem, powodowało naturalnie to, że nabywca rzeczy nie stawał się jej właścicielem; zasiedzenie uzupełniało ten brak. Ustawy XII tablic określiły czas posiadania konieczny do zasiedzenia, mianowicie dla nieruchomości 2 lata, a dla innych rzeczy rok: „*Usus auctoritas fundi biennium, ceterarum rerum annus esto*”. *Usus i auctoritas* są połączone dlatego, ponieważ nabycie własności zapomocą zasiedzenia w sposób naturalny uwalniało sprzedawcę od odpowiedzialności za *auctoritas* wobec kupującego: obecnie temu ostatniemu rzecz już nie może być odebrana. Ustawy XII t. do nabycia zapomocą zasiedzenia wymagały tylko jednego warunku — posiadania rzeczy w przeciągu oznaczonego terminu i wykluczały od możliwości nabycia tylko złodzieja (*fur*). Zczasem jednak dla zasiedzenia zostały wprowadzone pewne obostrzenia. I tak *lex Atinia*, ustawa z drugiej połowy rzeczypospolitej, potwierdzając zakaz zasiedzenia dla złodzieja, nadała temu zakazowi takie znaczenie, że rzeczy skradzione — *res furtivae* — wogóle nie mogą być nabyte zapomocą zasiedzenia nawet przez nabywców w dobrej wierze, dopóki nie zostaną zwrócone właścicielowi (fr. 4. 6. D. 41. 3), *Lex Plautia* (z I w. przed Chr.) rozszerzyła ten sam przepis na rzeczy zabrane przemocą — *res vi possessae* (§ 2 Inst. 2. 6). Następnie nauka prawa

zaczęła domagać się, aby posiadacz nabył rzecz na podstawie jakiegoś tytułu prawnego — *iusto titulo* (np. *pro emptore*, *pro donato*) i w dobrej wierze — *bona fide*, t. zn. aby w chwili nabycia nie wiedział, że rzecz jest cudza; późniejsze jednak wykrycie błędu nie szkodziło rozpoczętemu już w dobrej wierze zasiedzeniu (*mala fides superveniens non nocet*). W niektórych jednak szczególnych wypadkach *bona fides* nie była wymagana: tak np. jeżeli w wypadku *fiducia ten*, komu rzecz została *mancipowana fiducia causa*, nie uskutečnił *remancipatio*, niezależnie od uiszczenia długu i jeżeli poprzedni właściciel nabył w jakiś sposób posiadanie tej rzeczy, to na mocy zasiedzenia (przytem tylko 1 roku) otrzymywał własność *zpowrotem*, niezależnie od tego, że *remancipatio* nie miała miejsca. Ten wypadek nazywa się *usureceptio ex fiducia* (Gai. II. 52).

Mancipatio, *in iure cessio* i *usucapio* stanowią ściśle cywilne sposoby nabycia prawa własności — *acquisitiones civiles*. Lecz własność *kwirytarna* na *res nec mancipi* mogła być nabyta i zapomocą innych sposobów wspólnych dla prawa cywilnego i *ius gentium*. Do nich należą: *traditio*, czyli wręczenie rzeczy z zamiarem przeniesienia prawa własności; *occupatio* — zawłaszczenie rzeczy do nikogo nie należącej; nabycie owoców i t. p. Wszystkie te sposoby nazywają się *acquisitiones naturales*; lecz teoretyczne ich opracowanie należy już do czasów prawników klasycznych.

§ 11. CYWILNE IURA IN RE ALIENA.

Już okres pierwotny prawa cywilnego w dziedzinie stosunków rzeczowych nie mógł ograniczyć się jedynie do własności; zna on już niektóre *iura in re aliena*, przyczem ilość ich stopniowo wzrasta.

Najwcześniej ztem prawem rzeczowem na cudzych rzeczach w Rzymie są *służebności* (*servitutes*), a z nich *służebności gruntowe*. Rozdrobnienie posiadłości ziemskich, podziały rodzinne, skupienie zabudowań osadniczych i t. p., były przyczyną, że już bardzo wcześnie powstała konieczność uznania i unormowania tego rodzaju *iura in re aliena*.

Z pośród służebności gruntowych do najdawniejszych należą cztery: trzy *służebności drogowe* (*iter* — prawo

przejścia przez cudzy grunt, *actus* — prawo przejścia i przegonu bydła, *via* — prawo przejścia, przegonu i przejazdu; każda następna służebność zawiera w sobie i poprzednią) i jedna służebność wodna (*aquaeductus* — prawo przeprowadzenia wody z cudzego gruntu). O ich pochodzeniu wczesnem świadczy ta okoliczność, że te cztery służebności należały do *res mancipi* (Ulp. reg. 19. 1): stąd wniosek, że powstały jeszcze w tym okresie, kiedy podział rzeczy na *res mancipi* i *nec mancipi* posiadał całkowicie znaczenie życiowe.

Z biegiem czasu dołączyły się do nich inne służebności wiejskie (*servitutes praediorum rusticorum*). Do ważniejszych z nich należą: *servitus pecoris ad aquam appulsus* — prawo przegonu bydła do wody, *servitus pascendi* — prawo pasenia bydła na cudzem pastwisku, różne służebności, dające prawo kopania piasku, gliny na cudzym gruncie — *servitus harenae fodiendae* i t. p.

Nieco później od wspomnianych 4 służebności powstały służebności miejskie (*servitutes praediorum urbanorum*). Do najstarszych z nich należy *servitus cloacae* — prawo przeprowadzenia ścieku przez cudzy grunt. Przypuszczają, że służebności miejskie powstały po raz pierwszy w związku z odbudową miasta po zburzeniu go przez Gallów. Dalszy wzrost miasta, budowanie wielopiętrowych domów, przylegających wzajemnie do siebie, wywołało w życiu nadzwyczajną różnorodność służebności tego rodzaju. Do najbardziej rozpowszechnionych typów należą: prawo oparcia budynku o ścianę sąsiada — *servitus tigni immittendi* i *servitus oneris ferendi*, prawo skierowania wody deszczowej na podwórze sąsiada — *s. stilicidii avertendi*, prawo żądania, aby sąsiad nie zasłaniał światła i widoku przed domem — *s. ne luminibus officiatur, ne prospectui officiatur* i t. p. Treść tych służebności niejednokrotnie zależała od różnych municypalnych przepisów budowlanych.

Jeszcze później powstały służebności osobiste, przyczem prawdopodobnie pierwszym ich źródłem były rozporządzenia ostatniej woli: przekazując np. swój majątek ustawowym dziedzicom, testator chciał pozostawić swej żonie prawo dożywot-

niego jego użytkowania. W każdym razie służebności osobiste istnieją już w całej pełni w drugiej połowie rzeczypospolitej.

Z kategorii służebności osobistych prawo rzymskie zna cztery: a) Najważniejszą z nich jest *ususfructus* — prawo dożywotniego używania i pobierania owoców z cudzej rzeczy (*usus i fructus*), przyczem użytkowca — *usufructuarius* — może korzystać nie tylko osobiście, ale również może oddać używanie w dzierżawę, sprzedać owoce i t. p. b) Drugim bardziej ograniczonym rodzajem jest *usus* — prawo do osobistego używania rzeczy, ale bez prawa do owoców (czasem także prawo do owoców, ale tylko w granicach osobistych potrzeb, bez prawa sprzedaży). c) *Habitatio* — prawo mieszkania w cudzym domu i d) *Operae servorum vel animalium* — prawo osobistego korzystania z pracy cudzego niewolnika lub zwierzęcia. Zasady, odnoszące się do służebności osobistych, rozwinięte zostały przez prawników rzymskich głównie w związku z tłumaczeniem rozporządzeń ostatniej woli (zapisów) i posiadają w sobie ślady t. zw. *favor testamenti*.

Służebności gruntowe i osobiste początkowo nie były łączone w jedną kategorię służebności; termin ten przez prawników z czasów rzeczypospolitej był stosowany tylko do służebności gruntowych. Lecz już *veteres iurisconsulti* stworzyli podstawę teorii klasycznej o służebnościach; bezwątpienia im należy zawdzięczyć podstawowe zasady, pewnego rodzaju „przykazania” rzymskiego prawa serwitutowego: „*nulli res sua servit*” (nie może istnieć służebność na własnej rzeczy, wskutek czego przy połączeniu *praedium dominans* i *praedium serviens* w jednych rękach, choćby na czas krótki, służebność gaśnie — *confusio*), „*servitus servitutis esse non potest*” (nie może istnieć służebność na służebności, np. służebność dożywotniego korzystania z prawa przejazdu) i *servitus in faciendo consistere non potest*” (nie może istnieć służebność, któraby zobowiązywała właściciela *praedium serviens* do jakichś pozytywnych czynności; służebność może polegać tylko *in patiando* — na obowiązku znoszenia czegoś, np. przejazdu, albo *in non faciendo* — na obowiązku zaniechania czegoś, np. niezastłaniania światła lub widoku).

Ustanowienie służebności w prawie cywilnem dokonywało się, albo na mocy wyroku sądowego przy skargach działowych — *adiudicatio*, albo w drodze zapisów testamentowych — *legatum*, albo wreszcie zapomocą prywatnej umowy pomiędzy stronami. Przytem umowa ta może mieć znaczenie albo *constitutio servitutis*, kiedy rzecz, np. *fundus* pozostaje w ręku poprzedniego właściciela, lecz ustanawia się na niej służebność, np. prawo przejazdu na korzyść drugiej osoby, albo *deductio servitutis*, kiedy rzecz przechodzi na własność osoby drugiej, ale zastrzega się na niej służebność na korzyść poprzedniego właściciela. W każdym razie umowa winna być zawarta w formie albo *mancipatio* albo *in iure cessio*. a) *Mancipatio*: przy *constitutio servitutis* nabywca służebności mówił: „*Aio ius mihi esse eundi agendi in fundo Corneliano idque mihi emptum esto hoc aere aeneaque libra*” (lecz było to dopuszczalne jedynie przy służebnościach należących do kategorii *res mancipi*); przy *deductio servitutis* nabywca rzeczy mówił: „*Aio fundum Cornelianum deducto itinere albo usufructu meum esse isque mihi emptus esto*”. b) *In iure cessio*: przy *constitutio servitutis* nabywca mówił w sądzie: „*Aio ius mihi esse eundi agendi in fundo Corneliano*”, a wyzbywca milczał; przy *deductio* nabywca mówił: „*Aio fundum Cornelianum meum esse deducto itinere albo usufructu*”, a wyzbywca milczał. *In iure cessio* mogła być stosowana do wszelkich służebności.

W najdawniejszym czasie możliwe było nabycie służebności i zapomocą zasiedzenia, lecz *lex Scribonia*, ustawa z nieznanego czasu, zabroniła stosowania *usucapio* do służebności (fr. 4. 28. D. 41. 3).

Oprócz służebności prawo cywilne nie znało żadnych innych praw rzeczowych na cudzych rzeczach; w szczególności nie znało prawa zastawowego w jego rzeczywistym znaczeniu prawnem; naturalnie potrzeba kredytu rzeczowego powstaje w każdym społeczeństwie bardzo wcześnie, lecz ta potrzeba bywa uskuteczniata zapomocą innych, chociaż niedoskonałych, form. Najdawniejszą formą tego rodzaju jest wszędzie sprzedaż rzeczy z prawem odkupu: osoba,

chcąc otrzymać pożyczkę, sprzedaje wierzycielowi jakąś rzecz za sumę pożyczki z tem zastrzeżeniem, że po uiszczeniu długu rzecz zostanie jej zwrócona.

Ten rodzaj zabezpieczenia rzeczowego znany był również rzymskiemu prawu cywilnemu¹. Dla celów zastawu służyła instytucja *fiducia*, o której już była mowa wyżej. Dłużnik wręczał wierzycielowi rzecz zastawioną zapomocą *mancipatio* albo *in iure cessio* (*fiducia* zapomocą zwykłej *traditio* była niedopuszczalna), a zatem prawnie na zupełną własność; wręczał jednak „*fiduciae causa*”, t. zn. z tem zastrzeżeniem, aby po uiszczeniu długu rzecz została *remancypowana* (*fiducia cum creditore*). Jeżeli dług nie zostanie uiszczony, zobowiązanie *fiduciae* dla wierzyciela gaśnie; staje się on teraz zupełnym właścicielem rzeczy — może ją zatrzymać u siebie, może sprzedać i jeżeli otrzyma więcej, niż wynosi dług, to nie jest obowiązany zwracać reszty dłużnikowi. Jeżeli dług zostanie uiszczony, lecz wierzyciel nie będzie chciał zwrócić rzeczy, to dłużnikowi nie przysługuje żadna skarga; wierzyciel tylko stawał się *infamis*. Dopiero później — na mocy edyktu pretorskiego — została ustanowiona w tym wypadku skarga — *actio fiduciae*, skarga osobista o infamującym charakterze.

Z tego wszystkiego widać, że *fiducia* nie posiada wcale istotnych cech prawa zastawowego; niema tu wcale prawa na cudzej rzeczy. Nie posiada go wierzyciel, ponieważ otrzymuje w stosunku do rzeczy zupełną własność *kwirytarną*; nie posiada go dłużnik, ponieważ traci wszelki stosunek rzeczowy odnośnie do rzeczy zastawionej: nie może jej żądać ani od wierzyciela, ani tem bardziej od osób trzecich; posiada tylko osobiste (początkowo nawet nieprawne) roszczenie przeciwko wierzycielowi. Jeżeli więc mówimy o *fiducia* jako o rodzaju zastawu, to oczywiście mamy na względzie zastaw nie we właściwym znaczeniu prawnem, lecz w znaczeniu szerszem, ekonomicznem.

Przedstawiona wyżej *fiducia* (podobnie jak starogermańska forma *Kauf auf Wiederkauf*, starofrancuska *vente à réméré*) jest wyrazem surowego charakteru pierwotnego kredytu.

¹ Oertmann, Die *Fiducia*, 1890.

Jest instytucją jednostronną: sprzyja wyłącznie interesom wierzyciela; myśl jak najlepszego zabezpieczenia wierzyciela doprowadza do zupełnego ignorowania słuszných interesów dłużnika. Wszystko to jest w zupełności zrozumiałe w tych czasach, kiedy kredyty należały do rzadkości, stając się nie zwykłym zjawiskiem życiowym, lecz wypadkiem nadzwyczajnym, oznaką konieczności ekonomicznej. Rzecz naturalna, że z chwilą zmiany warunków i powiększenia kapitałów fiducia musiała stać się niewystarczającą.

Oprócz fiducia posiadamy w dawnym prawie cywilnem inną instytucję zastawową — *pignoris capio*, zabranie rzeczy dłużnikowi przy procesie *legis actio per pignoris capionem*. Lecz z jednej strony wypadki *pignoris capio* stanowią wyjątek i, jak wiemy, są przesiąknięte specjalnym (publicznym lub sakralnym) charakterem, a z drugiej strony stanowisko prawne zabranej rzeczy nie jest na tyle jasne, aby można tu mówić o rzeczywistym prawie zastawowym wierzyciela. Tem mniej można o niem mówić w wypadkach *pignoris capio magistratus*.

§ 12. OBRONA PRAW CYWILNYCH.

Podstawowym środkiem obrony najdawniejszego prawa cywilnego na rzeczy — prawa własności kwirytarnej — jest *rei vindicatio*. Lecz skarga ta w ciągu historii rzymskiej znacznie zmieniła swój charakter¹.

W tym czasie, kiedy wszystkie prawa *paterfamilias* w stosunku do poszczególnych składników rodziny były prawnie rozpatrywane jedynie z punktu patrzenia *manus*, *vindicatio* była ogólnym środkiem dla obrony tej *manus*; była nie tylko *vindicatio rei*, lecz wogóle sporem o *manus*². Już widzieliśmy ślady tego pierwotnego znaczenia *vindicatio* przy *vindicatio filii* (§ 6). Lecz w miarę jak poszczególne składniki *manus* zaczynają różniczkować się, dla władzy rodzinnej *paterfamilias* w stosunku do wolnych członków rodziny

¹ Patrz H. Siber, *Die Passivlegitimation bei der rei vindicatio*, 1907.

² Ihering, *Entwicklungsgeschichte des röm. Rechts*, str. 97.

powstają inne środki obrony, a *vindicatio* zamienia się na skargę o własność, na *rechywistą rei vindicatio*.

Rei vindicatio określa się zwykle jako skarga nieposiadającego właściciela przeciwko posiadającemu niewłaścicielowi; celem jej jest odebranie rzeczy. Lecz cel ten był osiągnany w historii różnemi sposobami.

Rei vindicatio przy dawnem postępowaniu legisakcyjnem urzechywistniała się w formie *legis actio sacramento*. Każda ze stron spór wiodących zgłaszała wobec magistratus swoje prawo własności, potwierdzając je przez nakładanie *vindicta* (*vindicatio-contravindicatio*: „*Hunc ego hominem ex iure Quiritium meum esse aio; sicut dixi, ecce tibi vindictam imposui*”). W ten sposób *rei vindicatio* posiadała charakter dwustronny: każda strona podawała siebie za właściciela, wskutek czego *rei vindicatio* była dopuszczalna jedynie przeciwko temu, kto takie roszczenie posiadał. Również obie strony obowiązane były *in iudicio* dowieść swych twierdzeń i możliwą było rzeczą, że *iudex* uzna *sacramentum* obydwóch stron za *iniustum*. Pozwany nie mógł ograniczyć się jedynie do zaprzeczenia własności powoda: jeżeli nie przeciwstawił *contravindicatio*, to był uważany za zrzekającego się procesu, a wtedy magistratus wprost przenosił posiadanie rzeczy spornej na powoda (*translatio possessionis*). W stosunku do rzeczy ruchomej odbywało się to bardzo prosto, ponieważ rzecz ta zwykle znajdowała się w sądzie: powód zabierał ją i na tem sprawa kończyła się. W stosunku do nieruchomości (*fundus*) cel ten osiągnano zapomocą pretorskiego nakazu administracyjnego (*interdictum quem fundum*).

Jeżeli pozwany przystąpił do procesu, to sprawa odbywała się według zwykłego porządku, przyczem magistratus oddawał rzecz sporną na czas postępowania jednej ze stron (*vindicias dare*); lecz strona, która otrzymała ją w posiadanie winna była dać zabezpieczenie, że w razie przegrania zwróci rzecz stronie przeciwnej wraz ze wszystkimi jej owocami (*praedes litis et vindiciarum*). Wskutek tego wyrok sądziego, chociaż formalnie dotyczył kwestji *sacramentum*, praktycznie prowadził do zwrócenia rzeczy *in natura*.

Powyższa forma rei vindicatio niejednokrotnie stawiała pozwanego w bardzo trudnem położeniu: albo musiał dowieść swego prawa własności z ryzykiem utraty zakładu procesowego, albo bez walki oddać rzecz powodowi; przyczem często pozwany wcale nie wątpił o prawie powoda. Z tego względu później zaczęto uciekać się do postępowania per sponsionem praeiudicialem: strony zawierały w formie stipulatio (sponsio) pomiędzy sobą zakład, przyczem przedmiotem zakładu była jakaś nieznaczną kwota, której nie miano zamiaru żądać (sponsio praeiudicialis). Poczem spór odbywał się już formalnie o ową sponsio. Przy tem postępowaniu nadzwyczaj ważną rzeczą było to, że pozwany mógł ograniczyć się jedynie do zaprzeczenia prawa powoda, nie przedstawiając swojego zgłoszenia o własność, wskutek czego cały ciężar dowodzenia (onus probandi) spadał na powoda. Lecz podobnie jak przy praedes litis et vindiciarum posiadacz rzeczy — pozwany (tu translatio possessionis już nie może mieć miejsca) dawał powodowi zabezpieczenie, że w razie przegrania sprawy o sponsio zwróci rzecz posiadaną, jest to t. zw. satisdatio pro praede litis et vindiciarum.

Wszystkie te sztuczne środki z chwilą powstania procesu formułkowego stały się zbyteczne. Rei vindicatio zaczęto skutecznie zapomocą formula petitoria: „Si pareret fundum Cornelianum ex iure Quiritium Aⁱ Aⁱ esse, iudex N^m N^m A^o A^o condemna, si non pareret, absolve”. Rei vindicatio stała się ostatecznie skargą jednostronną: tylko powód był obowiązany dowieść swojego prawa własności, pozwany mógł zgłosić tylko swoją wątpliwość co do prawa powoda. Podczas procesu rzecz pozostaje w ręku pozwanego, który jednak winien dać powodowi cautio iudicatum solvi. Sędzia wydaje wyrok o samem prawie własności i jeżeli widzi, że powód ma słuszość, to przed zasądzeniem winien proponować pozwanemu dobrowolny zwrot rzeczy (arbitrium de restituendo, stąd też formula petitoria jest formula arbitraria). Jeżeli pozwany spełni tę propozycję, to powód osiąga swój cel — otrzymuje rzecz in natura; jeżeli nie spełni, to sędzia na mocy przepisu o condemnatio pecuniaria zasądzi pozwanego na zapłacenie pewnej kwoty pieniężnej (quantum ea

res est), przyczem wysokość tej kwoty określa sam powód pod przysięgą (por. t. I. § 23).

Ze względu na to, że pozwany nie jest obowiązany dowodzić swojego prawa własności, zakres stosowania rei vindicatio znacznie rozszerzył się, a za czasów prawa klasycznego powstała zasada, że można ją wnosić przeciw każdemu posiadaczowi, każdemu „qui tenet et habet restituendi facultatem”. Wobec tego, aby właściciel mógł wnieść skargę, wystarczało, aby wiedział kto jego rzecz posiada: jeżeli pozwany posiada nie w swoim imieniu, lecz w cudzem (np. rzecz oddaną w dzierżawę lub na skład), to chcąc uchylić się od skargi winien był wskazać tego w czyjem imieniu posiada (*nominatio* lub *laudatio auctoris*). Możliwą jest rzeczą, że w prawie klasycznym istniał tylko jeden pod tym względem wyjątek: przeciwko tym osobom, które posiadają rzecz w imieniu samego powoda (właściciel pragnie wnieść rei vindicatio przeciwko swojemu dzierżawcy), rei vindicatio była niedopuszczalna: powód winien był wnieść skargę, wynikającą z odpowiedniej umowy (*actio locati, depositi*). Zresztą w prawie poklasycznym i to ograniczenie odpadło. Co więcej rei vindicatio w niektórych wypadkach była dopuszczalna nawet przeciwko osobie nieposiadającej, przeciwko t. zw. *fictus possessor*, mianowicie przeciwko temu, kto podstępnie w celu odwrócenia od siebie procesu wyzbył się posiadania—*qui dolo desiit possidere* oraz przeciwko temu, kto, nie będąc posiadaczem, podstępnie podał się za posiadacza i przez to ściągnął na siebie proces—*qui liti se obtulit*. Za karę taka osoba mogła być skarżona jak posiadacz.

Z obowiązkiem zwrotu rzeczy przez pozwanego łączyły się rozmaite zobowiązania dodatkowe o charakterze osobistym—t. zw. *praestationes personales*, np. wynagrodzenie za pogorszenie rzeczy, zwrot osiągniętych dochodów, przyczem pod tym względem inaczej odpowiada posiadacz w dobrej wierze, a inaczej w złej wierze—*bonae fidei possessor* i *malae fidei possessor*; ostatni odpowiada surowiej, niż pierwszy.

Z drugiej strony przeciwko rei vindicatio pozwany może czynić pewne zarzuty—*exceptiones*, twierdząc, że ma prawo posiadania rzeczy, np. *exceptio ususfructus*, *exceptio rei pigne-*

ratae et traditae, exceptio doli z powodu poczynionych na rzecz nakładów i t. d.

Powstanie służebności wywołało potrzebę nowych środków procesowych i to w dwojakim kierunku: a) Dla obrony własności przeciwko roszczeniom o służebność: ktoś twierdzi, że przysługuje mu prawo przejazdu przez mój grunt, a tymczasem według mojego zdania nie ma go. Dla odparcia takiego roszczenia co do służebności już w dawnym prawie cywilnym właściciel posiadał skargę, która w następstwie otrzymała nazwę *actio negatoria*. Przy postępowaniu legisakcyjnym skarga ta zaczynała się od twierdzenia właściciela: „*Aio ius tibi non esse eundi agendi in fundo meo*”, na co pozwany odpowiadał: „*Aio ius mihi esse eundi agendi*” etc.; następnie miała miejsce *provocatio sacramento* i t. d. Przy postępowaniu formułkowym skarga była prowadzona za pomocą formułki: „*Si paret N° N° ius non esse eundi agendi... iudex condemna, si non paret, absolve*”. Obok tej *actio negatoria* w prawie klasycznym istniała, zdaje się, także *actio prohibitoria* („*Si paret A° A° ius esse prohibendi N^m N^m uti frui*”), która, być może, miała zastosowanie przy obronie własności pretorskiej (*Lenel*); lecz co do niej, to wiadomości nasze są bardzo skąpe. Celem *actio negatoria* było uznanie wolności własności od roszczonych służebności oraz zabezpieczenie przed późniejszymi roszczeniami—*cautio de non amplius turbando*.

b) Dla obrony służebności przeciwko właścicielowi jak również innym osobom także już w dawnym prawie cywilnym powstała skarga, która otrzymała nazwę *actio confessoria* i odgrywała w stosunku do służebności taką samą rolę, jak *rei vindicatio* w stosunku do własności (*vindicatio servitutis*). Przy postępowaniu legisakcyjnym skarga rozpoczynała się od twierdzenia osoby, posiadającej prawo do służebności: „*Aio ius mihi esse eundi agendi in fundo tuo*”; właściciel protestował i przez to stawał się pozwanym. Przy postępowaniu formułkowym *actio confessoria* skuteczniała się zapomocą formułki: „*Si paret A° A° ius esse eundi agendi etc*”. Celem skargi było uznanie służebności oraz *cautio de non amplius turbando*.

Niezależnie od wspomnianych skarg podstawowych dawne prawo cywilne zna jeszcze skargi specjalne dla obrony w pewnych wypadkach właścicieli i uprawnionych do służebności. Trzeba jednak zaznaczyć, że te środki specjalne znane już ustawie XII t. w następstwie zostały tak bardzo zmienione przez prawo pretorskie, że dziś nie dadzą się odtworzyć w swej pierwotnej formie cywilnej. Najważniejsze z tych środków są następujące:

1) *Actio finium regundorum*. Sąsiedzi winni byli pozostawić pomiędzy swemi gruntami wolną przestrzeń ziemi po 2 $\frac{1}{2}$ stopy każdy. W razie, gdy znaki graniczne zostaną zatarte lub sporne, wtedy w celu odtworzenia między granicznej (*controversia de fine*) zostaje wyznaczone arbitrium finium regundorum złożone z geometrów (*agrimensores*). Gdy spór dotyczy ziemi poza miedzą graniczną, to będzie już *controversia de loco*, przyczem spór ten winien być rozstrzygnięty w formie *rei vindicatio*. W prawie Justyniańskim jednak różnica ta już nie istnieje.

2) *Actio aquae pluviae arcendae* — skarga na wypadek, gdy sąsiad zapomocą pewnych czynności zmieni naturalny odpływ wody deszczowej ze szkodą dla swego sąsiada; skarga ta jednak ma na względzie jedynie grunta rolne — *agri*.

3) *Cautio damni infecti*. Jeżeli sąsiedni grunt zagraża mi jakąś szkodą (np. budynek sąsiada grozi zawaleniem się i przez to może wyrządzić mi szkodę), to w tym wypadku już prawo cywilne dawało pewien środek w celu zabezpieczenia przed tą szkodą. Na czem on polegał nie jest rzeczą jasną; w każdym razie później został zastąpiony przez środki prawa pretorskiego (*stipulatio praetoria* i *missio in possessionem* — patrz t. I § 26).

4) *Novi operis nuntiatio*. Jeżeli sąsiad przedsięwzie jakąś czynność nową (*opus novum*), która narusza moje prawa (np. prawo przejazdu) albo zagraża mi szkodą, wówczas mogę na miejscu tych prac (*in re praesenti*) zgłosić swój protest (*nuntiatio*), wskutek czego prace winny być natychmiast przerwane -- pod zagrożeniem rozwalenia tego wszystkiego, co od chwili protestu zostanie dokonane (w następstwie pre-

torskie interdictum demolitorium). W razie bezpodstawności protestu powstaje pomiędzy sąsiadami proces, lecz w jakiej formie odbywał się w dawnym prawie cywilnem, tego nie wiemy. Jeżeli sąsiad da wobec pretora zabezpieczenie szkód, to otrzyma pozwolenie na prowadzenie prac, a nuncjantowi będzie przysługiwać skarga na podstawie tego prawa, które przez budowę zostanie naruszone (actio confessoria i t. p.).

II. INSTYTUCJE PRAWA PRETORSKIEGO. /

§ 13. ROZWÓJ OBRONY POSIADANIA (POSSESSIO)¹.

Oprócz praw na rzeczy w życiu społeczności cywilnej wielkie znaczenie posiada również faktyczne władztwo nad rzeczą. Rzeczy, należące do jakiejś osoby z tytułu własności, nie zawsze znajdują się w jej rękach: często znajdują się w posiadaniu innych osób, przyczem posiadanie to może opierać się na pewnej podstawie prawnej (rzecz oddana w najem, na skład), ale może być także pozbawione takiej podstawy (rzecz kupiona, lecz od osoby, która nie była właścicielem, a wskutek tego i sprzedać rzeczy nie mogła); co więcej, może nawet być w sprzeczności z prawem (rzecz skradziona, zabrana przemocą). Czy dane faktyczne stanowisko rzeczy odpowiada prawu czy nie, albo w jaki sposób ono powstało — wszystko to są pytania dalsze; pierwszą rzeczą, z którą spotykamy się, gdy przystępujemy do badania faktycznego władztwa nad rzeczami w danej społeczności, jest prosty fakt znajdowania się ich w posiadaniu pewnych osób.

Takie faktyczne władztwo nad rzeczą niezależnie od kwestji prawa do niego (ius possidendi) i kwestji sposobów jego nabycia (causa possessionis) nazywa się posiadaniem — possessio. Z tego wynika, że possessio prawnie niema nic wspólnego z własnością: „nihil commune habet proprietas cum possessione” mówi Ulpjan (fr. 12. 1. D. 41. 2). Naturalnie właściciel może być zarazem także posiadaczem (tak może nawet w większości wypadków bywa), lecz wówczas będzie on

¹ Savigny, Das Recht des Besitzes. Dernburg, Entwicklung und Begriff des jurist. Besitzes des röm. Rechts, 1883. Ihering, Der Besitzwille, 1889.

posiadaczem nie jako właściciel, ale jako osoba, posiadająca faktyczną władzę nad rzeczą i pod tym względem będzie stał zasadniczo narówni ze wszystkimi innymi posiadaczami — nawet w złej wierze.

W każdej kulturalnej społeczności faktyczne władztwo nad rzeczą, posiadanie w podanem znaczeniu, korzysta z ochrony przeciwko wszelkim gwałtom i zamachom ze strony osób prywatnych. Naturalną jest rzeczą, jak już wspomnieliśmy, że fakt posiadania czasem nie zgadza się z prawem albo nawet sprzeciwia się mu, lecz w celu przywrócenia prawa w tych wypadkach istnieją pewne środki ustanowione przez prawo (zwrócenie się do sądu) i jeżeli w celu tego przywrócenia zajdzie potrzeba przymusu względem posiadacza (przymusowe zabranie rzeczy), to przymus ten wykona państwo i jego organy; poszczególnym osobom prywatnym przymus i samopomoc są zabronione. Tego wymaga poczucie prawne, poszanowanie pomiędzy ludźmi, jak również spokój życia cywilnego, a skutek tego i interes samych właścicieli.

Lecz w historii zasada obrony posiadania, jako takiego, powstaje nie odrazu. Zasada ta w Rzymie powstała dopiero w prawie pretorskiem, przyczem nie w całej pełni i jasności. Klasyczna nauka prawa wiele pracowała nad jej wyjaśnieniem i rozwojem, ale mimo to rzymska obrona posiadania nie została całkowicie wykończona. W każdym razie już samo postawienie zagadnienia i jego zasadnicze rozwiązanie stanowi jedną z największych zasług rzymskiego prawa pretorskiego.

W jaki sposób pretor doszedł do pojęcia obrony posiadania, jako takiego, do dziś dnia pozostaje kwestją sporną. Według zdania jednych uczonych (*Niebuhr, Savigny, Dernburg, Costa* i in.), obrona pretorska prywatnego posiadania powstała z obrony *possessiones na agri occupatorii*. Lecz z tem zdaniem trudno się zgodzić: obrony tych *possessiones* dokonywali nie pretorowie, lecz cenzorowie i nie w sposób prywatny, ale publiczny. Według zdania innych (*Puchta, Ihering*) obrona interdiktalna czasów następnych powstała z pretorskiego normowania posiadania rzeczy spornej na czas procesu o własność i wogóle powstała w interesie ulepszenia obrony prawa własności. Lecz i to zdanie nie jest

słuszne: przeciwko niemu przemawia nietylko wspomniana wyżej zasadnicza różnica pomiędzy *proprietas* i *possessio*, która bardzo wyraźnie jest zarysowana w całym prawie rzymskim od najdawniejszych chwil powstania obrony posiadania, lecz i ta okoliczność, że przy procesie o posiadanie nie były dopuszczalne żadne zarzuty przeciwko własności. Wobec tego najprawdopodobniejsze jest zdanie trzecie (*Pernice* i in.), które upatruje genezę obrony posesoryjnej w ogólnej idei ochrony spokoju i ładu cywilnego, znamionującej całą działalność władzy pretorskiej.

Interdykty posesoryjne, służące dla obrony posiadania, nie mogą być należycie zrozumiane, jeżeli będą rozpatrywane osobno, bez związku z całokształtem interdyktów; *interdicta possessoria* stanowią tylko jeden z rodzajów interdyktów, który naturalnie wyrosł początkowo z tych samych pojęć, które powołały do życia cały system środków interdyktalnych. Już widzieliśmy wyżej (t. I § 19), że cała ingerencja pretora w dziedzinie stosunków prywatnych wyrosła z jego czynności czysto administracyjnych — z obowiązku obrony cywilnego spokoju i ładu. Ta okoliczność, że do najstarszych interdyktów należą takie, jak *interdicta „ne quid in loco publico vel itinere publico fiat”*, *„ne quid in flumine publico ripave eius fiat”* i t. p., jest najlepszym potwierdzeniem tego poglądu. Wyżej była mowa również o tem, jak pretor, wychodząc z założenia idei ochrony spokoju cywilnego, z biegiem czasu coraz bardziej rozszerzał swoją ingerencję w dziedzinie prywatnych, cywilnych stosunków.

Rzecz naturalna, że idea spokoju cywilnego w dziedzinie stosunków rzeczowych doprowadziła pretora przedewszystkiem do konieczności ochrony faktu posiadania przeciwko wszelkiej samowoli. Wszelkie objawy samowoli, chociażby nawet pochodziły od osób, posiadających prawo na rzeczy, związane być muszą z zakłóceniem porządku społecznego, a pierwszym zadaniem pretora było zabezpieczenie tego porządku. W ten sposób powstały interdykty posesoryjne i to, zdaje się, dość wcześnie: wspomina o nich już Plautus około 200 r. przed Chr. Naturalnie powstały one nie odrazu w tej formie w jakiej spotykamy je później. Przez długi czas praktyka pretor-

ska postępowała omackiem, od wypadku do wypadku, kierując się nie tyle jasną świadomością pewnych zasad ogólnych, ile raczej bezpośrednimi potrzebami życia.

Interdikty posesoryjne dzielą się na dwie kategorie: jedne mają na celu obronę posiadania obecnego przeciwko naruszeniom — *interdicta retinendae possessionis*, drugie — przywrócenie już naruszonego, odebranego posiadania — *interdicta recuperandae possessionis*. Trzecia kategoria — t. zw. *interdicta adipiscendae possessionis* — interdikty skierowane na nabycie nowego posiadania (np. *interdictum quorum bonorum* do nabycia posiadania zapomocą dziedziczenia) — nie należą już do środków posesoryjnych w rzeczywistym tego słowa znaczeniu, ponieważ powód nie opiera się tu na fakcie posiadania, lecz na jakimś (choćby pretorskim) prawie.

Do *interdicta retinendae possessionis* należą dwa:

a) *Interdictum uti possidetis*, mający na celu ochronę posiadania nieruchomości. Formułka nakazu, z którą pretor zwracał się do stron i od której podstawowych słów sam interdykt otrzymał swoją nazwę, została nam przekazana w następującem brzmieniu (fr. 1. pr. D. 43. 17): „*Uti eas aedes, quibus de agitur, nec vi nec clam nec precario alter ab altero possidetis, quominus ita possideatis, vim fieri veto*”. Z formułki tej widać, że interdykt broni obecnego posiadania, jednak z pewnem omówieniem: „Jeżeli obecny posiadacz nie nabył swego posiadania przemocą (*vi*), potajemnie (*clam*) albo w sposób odwoławczy (*precario*) od przeciwnika (*alter ab altero*)”, Jeżeli miało to miejsce, wówczas obecne posiadanie w stosunku do przeciwnika będzie wadliwe (*exceptio vitiosae possessionis*) i rzecz winna być zwrócona przeciwnikowi; w tym wypadku *int. uti possidetis* będzie posiadać t. zw. rekuperatoryjną funkcję. Lecz zarzuty tego rodzaju mógł stawiać tylko ten, kogo pozbawiono posiadania *vi clam* aut *precario*; względem innych osób nawet takie posiadanie było nietykalne.

b) *Int. utrubi* miał na celu obronę posiadania nieruchomości.

Formułka jego brzmiała w sposób następujący (Gai. IV. 150. 160): „Utrubi vestrum hic homo, quo de agitur, nec vi nec clam nec precario ab altero fuit, apud quem maiore parte huius anni fuit, quominus is eum ducat, vim fieri veto”. I tu broniony jest obecny posiadacz, lecz już z dwójakiem omówieniem: a) jeżeli nie nabył swego posiadania vi clam aut precario ab adversario i b) jeżeli posiadał rzecz sporną w ciągu ostatniego roku przez czas dłuższy, niż jego przeciwnik. Ostatnie omówienie odróżnia int. utrubi od int. uti possidetis i wzmacnia rekuperatoryjną funkcję int. utrubi, dając osobie, która utraciła posiadanie, możność wystąpienia przeciwko posiadającemu przez krótszy przeciąg czasu w celu odzyskania posiadania. Należy jednak zaznaczyć, że w prawie justynjańskim różnica ta została zniesiona (§ 4a Inst. 4. 15) i oba interdykty zostały zrównane.

Do kategorii int. recuperandae possessionis w rzeczywistości tego słowa znaczeniu odnosi się tylko jeden interdykt, mianowicie interd. de vi albo unde vi. Celem jego jest odzyskanie posiadania nieruchomości zabranej przemocą (przez wygnanie, deictio). W prawie klasycznym istniały dwa interdykty de vi: jeden int. de vi cotidiana, drugi — int. de vi armata, przyczem w tym drugim interdykcie (jeżeli przemocy dokonano zapomocą siły zbrojnej) nie była dozwolona exceptio vitiosae possessionis. W prawie Justynjana oba te interdykty zostały połączone w jeden int. de vi, przyczem wykluczenie exceptio vitiosae possessionis stało się ogólną zasadą: wskutek czego wypędzający nie może tłumaczyć się tem, że sam przedtem był wygnany przez przeciwnika; przemoc (vis) była niedopuszczalna nawet jako reakcja przeciwko przemocy. Osobliwością int. de vi było to, że miał zastosowanie przeciwko wypędzającemu (deicjentowi) nawet wówczas, gdy deicjent już nie posiadał: odpowiedzialność interdyktalna w tym wypadku miała charakter karny.

Dla odzyskania posiadania rzeczy ruchomej nie było żadnego specjalnego interdyktu: cel ten osiągnąć zapomocą wspomnianej funkcji rekuperatoryjnej int. utrubi.

Do liczby interdicta recuperandae possessionis zaliczają czasem jeszcze int. de precario — interdykt o odzyska-

nie rzeczy oddanej jako precarium (korzystanie do odwołania; precarium miało zastosowanie w stosunkach pomiędzy patronem i klientem oraz patronem i wyzwolencem). Lecz nie należy on do interdyktów ściśle posesoryjnych: za podstawę jego służy nie proste posiadanie, lecz precarium, t. j. pewien stosunek prawny pomiędzy stronami.

Niektórzy zaliczają tu specjalny *int. de clandestina possessione* — o zwrot posiadania nieruchomości zabranej potajemnie; lecz istnienie tego interdyktu nie jest stwierdzone.

Już sama budowa interdyktów posesoryjnych oraz ich historia świadczą, że pretor tworzył obronę posiadania nie według pewnego zgóry ustalonego planu, lecz częściowo i w różnym czasie, czem tłumaczy się również wielka ilość środków posesoryjnych i ich wzajemna niezgodność.

Zastosowanie interdyktów posesoryjnych stworzyło w praktyce i teorii nowe zagadnienie, mianowicie jakie przymioty winno mieć posiadanie, aby mogło korzystać z prawa obrony. Powoli prawnicy rzymscy opracowali teorię posiadania, której podstawowe zasady sprowadzają się do następujących.

Posiadanie, chociaż jest faktycznym władztwem nad rzeczą, nie może być jednak uważane za rzeczywiste posiadanie, jeżeli nie łączy się z wolą posiadania. Dlatego niema posiadania w prawnym znaczeniu, np. w tym wypadku, gdy ktoś śpiącemu włoży rzecz do ręki; na tej samej podstawie nie można uznać posiadania nabytego przez osoby nie mające zdolności do działania prawnego (przez niedorośli, umysłowo chorych i t. d.), ponieważ wola ich prawnie nie jest uznana: wszystkie te osoby „*affectionem tenendi non habent*” (fr. 1. 3. D. 41. 2). Stąd też prawnicy rzymscy głosili, że do powstania *possessio* konieczne są dwa składniki — *corpus possessionis* — faktyczna władza nad rzeczą i *animus possidendi* — wola posiadania. Posiadanie nabywa się wówczas, gdy oba składniki łączą się w jednej osobie („*apiscimur possessionem corpore et animo*” — fr. 3. 1. D. 41. 2); posiadanie utracą się, gdy jeden z tych składników znika („*amittimur possessionem aut animo aut corpore*”).

Lecz nie każde posiadanie, nawet w razie istnienia tych dwóch składników, według nauki prawników rzymskich, zasługiwało na samoistną obronę. Pod tym względem rozróżniano posiadanie bronione przez prawo — *possessio* i posiadanie niebronione — *detentio* („*in possessione esse*”). Zasadniczego jednak kryterjum do odróżniania *possessio* od *detentio* nie było. Najbardziej odpowiadającym rzeczywistości kryterjum jest *animus possidendi*: jeżeli ktoś posiada *alieno nomine*, w imieniu cudzem (np. rzecz daną w najem, użytkowanie, na skład), to będzie *detentio*; jeżeli posiadanie łączy się z *animus suo nomine possidere*, to będzie *possessio* (taki *animus* ma właściciel, posiadacz w dobrej wierze, lecz nie ma go złodziej). Tylko *possessor suo nomine* może korzystać w swoim imieniu z obrony posiadania; posiadanie *detentora* musi być bronione nie przez niego samego, lecz przez tego w czyjem imieniu posiada.

Kryterjum to jednak nie jest ściśle, ponieważ pretor udzielał samoistnej obrony *interdyktalnej* w całym szeregu wypadków posiadania *alieno nomine*. Takim jest posiadanie wierzyciela w stosunku do rzeczy zastawionej, posiadanie *prekarzysty* (który otrzymał rzecz jako *precarium*), posiadanie *sekwestratora* (tego, komu obie strony spór wiodące oddały rzecz sporną na przechowanie do czasu rozstrzygnięcia sprawy), posiadacza *wieczystej dzierżawy gruntu* i posiadacza *wieczystej dzierżawy powierzchni* (patrz t. II § 15). Są to wypadki t. zw. posiadania pochodnego. Podstawą tych wyjątków nie jest jakaś zasada teoretyczna (jak myślą niektórzy nawet ze współczesnych, np. *Sohm*), lecz stopniowa ewolucja historyczna, opierająca się na pojęciach czysto praktycznych. Początkowo prawdopodobnie obrona samoistna była udzielana tylko posiadaczom *suo nomine*; *detentorów* bronili ci, w których imieniu oni posiadali. Lecz powoli powstały wypadki, w których podobna obrona *detentorów* okazała się niewystarczająca. Np. oddałem rzecz w zastaw i już straciłem nadzieję wykupienia jej; jeżeli ktoś zabierze ją wierzycielowi, nie będę już miał zamiaru bronić niepotrzebnego mi posiadania i wówczas wierzyciel pozostanie zupełnie bez obrony. Jeżeli nawet wystąpię z *interdyktem* o obronę po-

siadania, to rzecz zostanie zwrócona mnie, co znów wcale nie jest w interesie wierzyciela. Wobec tego powstała konieczność stworzenia samoistnej obrony dla creditor pigneraticius. Analogiczne pojęcia mogły powstać i w innych wypadkach i w ten sposób powstał wspomniany szereg wyjątków. Te wyjątki wprowadziły prawo rzymskie na drogę stopniowego rozszerzania zakresu obrony posiadania, na drogę, po której poszło jeszcze dalej prawo późniejszych narodów, które w najnowszych kodyfikacjach przyznało obronę każdemu posiadaniu (nawet alieno nomine).

Wreszcie zagadnienie o posiadaniu powstało i w tych wypadkach, w których ktoś faktycznie urzeczywistniał treść jakiejś służebności, np. korzystał z rzeczy jako użytkownika lub korzystał z przejazdu przez cudzy grunt. Powstało pytanie, czy w razie naruszenia przez kogoś takiego faktycznego korzystania można posiadać obronę interdyktalną. Prawnicy rzymscy odpowiedzieli na to pytanie twierdząco, uznając w tych wypadkach „jakby posiadanie prawa”—*iuris quasi-possessio* (fr. 20. D. 8. 1). W rzeczy samej mamy tu nie „jakby posiadanie prawa”, lecz rzeczywiste posiadanie rzeczy, tylko posiadanie nie wszechstronne, ale ograniczone w swojej treści. Ta teoretycznie nieprawidłowa konstrukcja odegrała wielką rolę w nauce prawa narodów nowożytnych i rzymskie pojęcie *iuris quasi-possessio* rozszerzyła na prawa zobowiązaniowe, rodzinne, a nawet publiczne.

W każdym razie instytucja posiadania, jako faktycznego władztwa niezależnego od prawa do niego, utworzona przez prawo pretorskie, a opracowana przez prawników klasycznych stała się od tej chwili wielką zdobyczą dla każdego nieco rozwiniętego prawa cywilnego.

§ 14. WŁASNOŚĆ BONITARNA I BONAE FIDEI POSSESSIO¹.

Broniąc zapomocą interdyktów każdego, nawet w złej wierze, posiadania pretor w swej praktyce życiowej nie mógł niewiedzieć tego, że wśród całej masy rozmaitych wypadków posiadania istnieją pewne szczególne jego rodzaje, które wy-

¹ *Appleton, Histoire de la propriété prétorienne*, 2 vol. 1889.

magają większej uwagi i większej obrony. Szczególnie dwa wypadki wyróżniały się pod tym względem.

1) Jak już wiadomo, prawo cywilne do nabycia prawa własności na *res mancipi* wymagało aktów formalnych *mancipatio* lub *in iure cessio*. Jeżeli z jakiegoś powodu formalności te nie były zachowane (zupełnie nie były zachowane: rzecz została wręczona wprost zapomocą *traditio*; albo były zachowane, lecz okazało się np., że jeden z 5 powołanych świadków nie posiadał zdolności do działania prawnego), to prawa własności nie nabywano, wyzbywca pozostawał nadal *dominus ex iure Quiritium*, a nabywca stawał się tylko posiadaczem rzeczy: *ius Quiritium* nabywał dopiero zapomocą zasiedzenia. Naturalnie taki nabywca mógł bronić swego posiadania zapomocą interdyktów posesoryjnych i to nie tylko przeciwko osobom obcym, ale także przeciw samemu właścicielowi *kwirytarnemu*; lecz obrona posesoryjna nie była definitywna: wyzbywca mógł wnieść skargę petytoryjną — *rei vindicatio* i wówczas nabywca winien był zwrócić mu rzecz.

Podobna niesprawiedliwość musiała zwrócić uwagę pretora, gdyż ludzie nieuczciwi mogli użyć tego środka do wyzysku: sprzedawszy rzecz i wzięwszy pieniądze, mogli domagać się jej zwrotu. Tem bardziej, że z rozwojem obrotu formalności dawnego prawa cywilnego straciły swoje znaczenie i utrudniały zawieranie aktów prawnych. Z tego względu pretor, aby przeszkodzić wspomnianej nieuczciwości ze strony sprzedawców, zaczął udzielać nabywcom *exceptio rei venditae et traditae* (rodzaj *exceptio doli*) i w ten sposób bronić ich przeciwko wyzbywcom.

Lecz to było niewystarczające. Rzecz mogła w jakiś sposób dostać się później w posiadanie wyzbywcy (np. koń kupiony uciekł zpowrotem do sprzedawcy) albo w ręce osób trzecich. Stąd powstaje pytanie, w jaki sposób kupujący mógłby wydostać swoją rzecz zpowrotem. Obrona interdyktalna mogła okazać się niewystarczająca — np. wskutek tego, że *int. utrubi* bronił tylko tego, kto posiadał rzecz przez czas dłuższy ostatniego roku; jeżeli kupiony koń uciekł zaraz na drugi dzień po sprzedaży, to nie można było odzyskać go przy pomocy tego jedyne go dla ruchomości interdyktu (sprzedawca

posiadał go dłużej, niż nabywca). Oczywiście było rzeczą, że pretor, wziawszy sobie za zadanie obronę kupującego przeciwko rei vindicatio sprzedawcy, musiał z konieczności rozszerzyć tę obronę, udzielając kupującemu nietylko exceptio, ale także skargi w celu otrzymania kupionej rzeczy tak od samego właściciela jak również od osób trzecich.

2) Analogiczna potrzeba powstała i w innym wypadku. O ile dotychczas mieliśmy do czynienia z brakiem formalnym w akcie nabycia (niezachowanie formy), to z rozwojem obrotu spotykały się niemniej często wypadki braku materialnego. Ktoś np. nabył rzecz nawet z zachowaniem wszystkich koniecznych formalności (jeżeli sprawa dotyczyła res mancipi) i posiada ją w najlepszej wierze (*bona fides*), że jest właścicielem, lecz później okazuje się, że osoba, od której rzecz nabył, nie była właścicielem, że rzecz nabyta została *a non domino* (np. kupiłem rzecz od dziedzica ustawowego; potem okazało się, że cały spadek na mocy testamentu został zapisany innej osobie). Prawny właściciel może wytoczyć sprawę—rei vindicatio i rzecz odebrać; nabywca w tym wypadku stanie się właścicielem dopiero po upływie *usucapio*. Lecz jeżeli niema podstawy do obrony nabywcy przeciwko prawnemu właścicielowi, to zupełnie inaczej przedstawia się rzecz odnośnie do osób trzecich: dopóki właściciel nie żąda rzeczy, dopóty zawsze mam w stosunku do niej więcej praw, niż ktokolwiek inny. Jeżeli w tych warunkach rzecz nabyta przeze mnie w dobrej wierze znajdzie się w rękach osoby trzeciej, sprawiedliwość nakazuje, abym otrzymał jakiś środek do odebrania jej zpowrotem. Częstokroć do tego wystarczały interdikty posesoryjne, lecz nie zawsze; konieczny był i pod tym względem jakiś środek skuteczniejszy, konieczna była jakaś skarga.

Oba wskazane wypadki zostały rozstrzygnięte jednocześnie. W ostatniem stuleciu rzeczypospolitej pretor Publiusz (dokładniejszego jego imienia, ani czasu reformy nie znamy) wydał edykt zwany *edictum Publicianum*, który przyniósł pożądaną dla obydwóch wypadków skargę.

Tekst tego edyktu w swojej postaci pierwotnej do nas nie doszedł, a nawet współcześni badacze sprzecząją się, czy

był to jeden edykt, obejmujący obydwie wypadki, czy dwa odrębne dla każdego poszczególnego wypadku¹.

Lenel, znany z rekonstrukcji edyktu pretorskiego, początkowo trzymał się zdania, że były dwa odrębne edykty, lecz później zmienił swój pogląd i twierdził, że obydwie wypadki zostały objęte jednym wspólnym edyktem. Bardzo możliwą jest rzeczą, że edykt ten brzmiał w sposób następujący: „Si quis id, quod traditum erit ex iusta causa et nondum usucaptum, petit, iudicium dabo”².

Skarga, której na podstawie tego edyktu udzielano tak w pierwszym jak i w drugim wypadku, nosiła nazwę *Publiciana in rem actio*. Formułka tej skargi podana przez Gajusa głosi (Gai. IV. 36): „Iudex esto. Si quem hominem A^s A^s emit, et is ei traditus est, anno possedisset, tum si eum hominem de quo agitur ex iure Quiritium eius esse oporteret et reliqua” (t. j.: si is homo A^o A^o arbitrio tuo non restitueretur, quanti ea res erit tantam pecuniam iudex N^m N^m A^o A^o condemna, si non paret absolve). Jak widać z tej formułki *actio Publiciana* jest *actio ficticia*: skarga oparta jest na fikcji dokonanego zasiedzenia; broni tylko takiego posiadacza, który może nabyć własność na podstawie zasiedzenia, a obrona jego jest jakby przygotowaniem tej mogącej nastąpić w przyszłości własności. Pod tym względem obydwie wypadki łączą się, lecz rozmiągają się w innych punktach, wskutek czego *actio Publiciana* pociąga za sobą skutki bardzo różnorodne.

W pierwszym wypadku (rzecz nabyta od właściciela, lecz bez zachowania formalności) *actio Publiciana* przysługuje nabywcy nie tylko przeciw osobom trzecim, lecz także przeciw samemu właścicielowi kwirytarnemu. Wskutek tego nabywcy przysługuje prawo na rzeczy bronione bezwzględnie przeciwko wszystkim. Naturalnie poprzedni właściciel zachowuje swoje *nudum ius Quiritium*, ponieważ pretor nie może go tego prawa pozbawić; z drugiej strony nabywca nie posiada prawa kwirytarnego, mimo to jednak rzecz należy do jego majątku—*in bonis eius est*, przysługuje mu bowiem na mocy prawa analogicznego do własności. W ten sposób

¹ Patrz krótkie wyliczenie zdań—*Girard, Textes*, str. 137, n. 12

² *Girard, Textes*, str. 137.

wytworzyła się obok dawnej własności kwirytarnej własność nowa — pretorska albo bonitarna, która w następstwie otrzymała szerokie zastosowanie w całym szeregu innych stosunków: własność dziedzica pretorskiego (*bonorum possessio*), własność w razie *missio ex secundo decreto* przy *cautio damni infecti* i t. d.

W drugim wypadku (nabytcie *bona fide* od niewłaściciela) *actio Publiciana* nie posiada takiej bezwzględnej mocy. Przedewszystkiem skarga ta nie ma mocy przeciwko rzeczywistemu właścicielowi rzeczy. Prawo rzymskie (w przeciwstawieniu do praw nowszych) trzyma się ściśle zasady: „*Nemo in alium plus iuris transferre potest, quam ipse habet*”: skoro sprzedawca nie posiada prawa własności, nie może go mieć również kupujący; sprzedaż mojej rzeczy przez osobę, nie posiadającą do tego prawa, nie może pozbawić mnie własności. Wobec tego, jeżeli nabywca rzeczy wytoczy *actio Publiciana* przeciwko rzeczywistemu właścicielowi, to ten ostatni może przeciwstawić tej skardze *exceptio iusti dominii*. Prócz tego skarga ta jest bezskuteczna przeciwko każdemu nabywcy w dobrej wierze tej samej rzeczy (np. koń kupiony przeze mnie od niewłaściciela uciekł, następnie został złapany przez kogoś innego i sprzedany trzeciej osobie, która także uważała sprzedawcę za właściciela), ponieważ niema podstawy do pierwszeństwa jednego posiadacza w dobrej wierze wobec drugiego: „*in pari causa melior est conditio possidentis*”. W ten sposób *actio Publiciana* w tym drugim wypadku ma zastosowanie tylko przeciwko gorszym posiadaczom (przeciwko *malae fidei possessores*), lecz przeciwko wszystkim gorszym posiadaczom i pod tym względem jest także *in rem actio*.

Dzięki skardze w tem drugim zastosowaniu powstała w historii prawa rzymskiego nowa instytucja pretorska posiadania w dobrej wierze — *bonae fidei possessio*. Posiadanie w dobrej wierze przestało być tylko zwykłym faktem, zostało wyniesione do pewnego względnego prawa rzeczowego chronionego zapomocą skargi pretorskiej, a przez to zostało wyjęte z ogólnej masy zwykłych *possessiones*.

§ 15. PRAWA PRETORSKIE NA RZECZY CUDZEJ.

1. Z pośród praw korzystania z rzeczy cudzej najpierw pretor wziął w obronę jedyne tego rodzaju prawa cywilne — służebności. Skarga cywilna dla ich obrony — *actio confessoria* — została uzupełniona przez cały szereg środków pretorskich, które znacznie ułatwiały położenie osób uprawnionych do korzystania ze służebności. Faktyczne korzystanie ze służebności, jak już widzieliśmy, zostało podciągnięte pod pojęcie posiadania (*iuris quasi possessio*), wskutek czego niektóre służebności, jak np. *ususfructus* były broniące zapomocą zwykłych interdyktów posesoryjnych nieco tylko zmodyfikowanych — *interdicta utilia*. Nadto dla całej masy poszczególnych służebności powstały w prawie pretorskiem specjalne interdykty — *int. de itinere actuque privato*, *de aqua*, *de fonte*, *de cloacis* i t. d.

Pomimo tego ulepszenia ochrony służebności cywilnych praktyka pretorska i namiestników prowincjonalnych doprowadziła do uznania służebności pretorskich i prowincjonalnych.

Już powstanie własności bonitarnej musiało wywołać z kolei rzeczy kwestję ochrony, odpowiadających jej służebności: często bowiem własność bonitarna gruntu posiadała, jako przynależność, prawo do jakiejś służebności (np. prawo przejazdu przez grunt sąsiedni). Skoro pretor zaczął bronić posiadacza bonitarnego, jako właściciela, to z natury rzeczy winien był bronić go także przy urzeczywistnianiu służebności. Lecz i niezależnie od tego, akty formalne *mancipatio* i *in iure cessio*, zapomocą których musiano ustanawiać służebności cywilne, często bywały tu pomijane, podobnie jak to miało miejsce przy nabywaniu prawa własności. Jeżeli pretor, nie patrząc na brak formalności, bronił posiadacza rzeczy, to ta sama sprawiedliwość nakazywała mu, aby bronił także służebności ustanowionych bez zachowania formalności (fr. 1. 9. D. 43. 18).

Na gruntach prowincjonalnych, jak wyżej zaznaczyliśmy, prawa cywilne (nawet dla *cives romani*) były niedopuszczalne. Mimo to z konieczności i tam istnieli właściciele, którzy, chociaż nosili skromną nazwę *possessores*,

byli uważani i bronieni przez sądy namiestników prowincjonalnych jak rzeczywiści właściciele (własność prowincjonalna). Tak samo istniały tam również stosunki serwitutowe, które musiały być bronić zapomocą prawa prowincjonalnego.

Wskutek tego zarówno dla pretorów jak również namiestników prowincyj powstało bardzo ważne zagadnienie: jeżeli aktów formalnych *mancipatio* i *in iure cessio* nie stosuje się albo nie da się zastosować, to w jaki sposób mogą powstawać służebności. Odpowiedź na to dała sama praktyka życiowa, która wytworzyła nowy sposób ustanawiania służebności — *pactionibus et stipulationibus* (Gai. II. 31). Osoby, pragnące ustanowić służebność, zawierały pomiędzy sobą umowę (*pactio*), która potem została wzmocniona zapomocą formalnego przyrzeczenia (*stipulatio*) ze strony tego, kogo majątek obciążano służebnością, że pozwoli na korzystanie ze służebności (*uti frui licere, ire agere licere* i t. d.). Początkowo taka umowa prawdopodobnie stwarzała pomiędzy stronami tylko stosunki zobowiązaniowe, lecz, zdaje się (rzecz sporna: liczni np. Dernburg, Windscheid i in. także w późniejszym czasie widzą tylko moc zobowiązaniową), później pretor zaczął udzielać również skargi rzeczowej przeciwko wszystkim — *actio confessoria utilis*. Z chwilą zupełnego odpadnięcia *mancipatio* i *in iure cessio* w prawie późniejszym *pactio* i *stipulatio* stały się zwykłym sposobem ustanawiania służebności, t. j. przedostały się i do prawa cywilnego w ostatniej jego postaci.

Oprócz tego sposobu w prawie klasycznym powstaje jeszcze drugi sposób pretorski ustanawiania służebności, mianowicie *quasi-traditio*, t. j. faktyczne zezwolenie na korzystanie, chociaż znaczenie *quasi-traditio* pomiędzy prawnikami było sporne (por. zdanie przeczące Pomponiusza w fr. 3. 2. D. 19. 1 i twierdzące Jawolena w fr. 20. D. 8. 1). Uznanie *quasi-possessio* w stosunku do służebności z natury rzeczy prowadziło do uznania w stosunku do nich *quasi-traditio* w tem samym znaczeniu, jakie *traditio* posiadała przy nabywaniu prawa własności.

Działalność pretora w dziedzinie prawa serwitutowego, nie zakończyła się na tych innowacjach. Stworzył on dwa nowe rodzaje praw korzystania z rzeczy cudzej, które były zupełnie nieznane prawu cywilnemu, mianowicie *superficies ius in agro vectigali*, które później otrzymało nazwę *emphyteusis*.

a) *Superficies*. Już w okresie rzeczypospolitej państwo i poszczególne gminy miejskie oddawały działki gruntu miejskiego pod budowę domów z tem zastrzeżeniem, że kto wybuduje dom otrzyma prawo na dłuższe albo nawet bezterminowe korzystanie z parceli budowlanej za opłatą pewnego rocznego czynszu (*solarium*). Z biegiem czasu z takiego sposobu oddawania gruntu zaczęły korzystać i osoby prywatne. Stanowi to *superficies*. O ile dotyczyło to gruntów państwowych, stosunki stąd wynikające były normowane za pośrednictwem jurysdykcji cenzorów; lecz gdy szło o grunta miejskie lub osób prywatnych, stosunki te należały do pretora. Umowa oddania gruntu pod budowę z początku była uważana za zwykłą umowę dzierżawy, wskutek czego dzierżawca — *superficjarjusz* — miał tylko prawo obligacyjne w stosunku do właściciela, a nie *ius in rem*. Lecz później pretor zupełnie słusznie wydzielił go z szeregu zwykłych, krótkoterminowych dzierżawców, dając mu specjalne środki obrony. Najpierw stworzył dla niego specjalny interdykt — *interdictum de superficiei*, analogiczny do *int. uti possidetis*, a później zaczął udzielać także *actio in factum*, skargi analogicznej do *rei vindicatio*, przy pomocy której *superficjarjusz* mógł bronić swojego prawa korzystania z gruntu (np. żądać zwrotu parceli) przeciwko wszystkim osobom trzecim, a nawet przeciwko samemu właścicielowi. Wskutek tego *superficies* z prawa osobowego stała się prawem rzeczowym i w dodatku prawem specjalnem na rzeczy cudzej, ponieważ grunt i budowlę (według zasady „*superficies solo cedit*”) uważano za własność wydzierżawiającego. Jest to prawo korzystania z rzeczy cudzej i pod tym względem *superficies* podobna jest do służebności, lecz różni się od nich swoją treścią (fr 1. D. 43. 18).

b) *Ius in agro vectigali*¹. Analogiczny proces przemiany prawa zobowiązaniowego na rzeczowe spotykamy i w innej dziedzinie. Podobnie jak pod budowę, państwo, miasta, a potem i właściciele prywatni oddawali nieraz swoje grunty za pewną coroczną opłatą (*vectigal*) w dziedziczną albo nawet wieczystą dzierżawę — „*in annos centenos pluresve*” albo „*in perpetuum*” — z zastrzeżeniem, że dopóki *vectigal* będzie opłacany, grunt nie może być odebrany ani dzierżawcy ani jego prawnemu następcy (fr. 1. D. 6 3). I tu, jak przy *superficies*, pretor dla obrony jego prawa zaczął dawać tak interdykty posesoryjne jak również *actio in rem* — skargę analogiczną do *rei vindicatio* przeciwko wszystkim, a nawet przeciwko właścicielowi. Wskutek tego i to prawo otrzymało charakter specjalnego prawa rzeczowego na rzeczy cudzej.

Charakterystyczną cechą wszystkich wspomnianych praw pretorskich na rzeczy cudzej (*slużebności pretorskich*, *superficies* i *ius in agro vectigali*) jest to, że dla ich ustanowienia nie wymaga się żadnego specjalnego aktu rzeczowego — nietylko formalnego (w rodzaju cywilnej *mancipatio* lub *in iure cessio*), ale nawet nieformalnego (w rodzaju *traditio*); zwykła umowa już sama przez się tworzy prawo rzeczowe. Tłumaczy się to tem, że skargi pretorskie przeciwko wszystkim (*actiones in rem*) powstały historycznie we wszystkich wspomnianych wypadkach jako zwykłe dodatki praktyczne do skarg osobistych powstałych z umowy.

2. Lecz może najważniejszą z innowacyj pretorskich w dziedzinie praw na rzeczach cudzych jest ustanowienie prawa zastawowego².

Wiemy, że prawo cywilne nie znało prawa zastawowego w ścisłym tego słowa znaczeniu; instytucja *fiducia* ustanowiona w celach kredytu rzeczowego stanowiła nie prawo za-

¹ Patrz *Mitteis*, *Zur Geschichte der Erbpacht im Altertum*, 1901.

² Najnowsze badania w tej kwestji: *Jourdan*, *Etudes de droit romain. L'hypothèque*, 1876. *Herzen*, *Origine de l'hypothèque romaine*, 1899. *Manigk*, *Pfandrechtliche Forschungen*, Bd. I. 1904. *Fehr*, *Beiträge zur Lehre vom röm. Pfandrecht in der klassischen Zeit*, 1910.

stawowe, lecz przeniesienie samego prawa własności. Wyżej już zaznaczyliśmy, że w dawnym prawie cywilnem dłużnik nie posiadał nawet skargi osobistej przeciwko wierzycielowi w wypadku niezwrócenia rzeczy po uiszczeniu długu. Pretor udoskonalił instytucję fiducia w ten sposób, że zaczął udzielać dłużnikowi w tym wypadku skargi osobistej — *actio fiduciae*, która oprócz kary materialnej ściągała na wierzyciela piętno moralne infamji.

Lecz skarga ta przyniosła tylko częściową ulgę dla dłużnika; inne ujemne strony fiducia pozostały nadal w swojej mocy, a przede wszystkim to, że dłużnik tracił prawo własności; jeżeli wierzyciel sprzedał rzecz, to dłużnik stracił ją na zawsze i skarga osobista — *actio fiduciae* — mogła stać się dla niego bezowocna (np. w wypadku niewypłacalności wierzyciela).

Wobec tego niewątpliwie już bardzo wcześniej zaczęto używać zastawu nieformalnego — t. zw. *pignus*: dłużnik wprost (bez *mancipatio* lub *in iure cessio*) oddawał wierzycielowi jakąś swoją rzecz, ale nie na własność, a tylko w zwykłe posiadanie, przyczem cała moc gwarancyjna takiego zastawu polegała tylko na tem, że wierzyciel mógł zatrzymać u siebie rzecz, dopóki nie został uiszczony dług (jakby areszt rzeczy). Widzieliśmy już, że pretor zaopatrzył posiadanie wierzyciela w samoistną ochronę interdyktalną nie tylko przeciwko osobom trzecim, ale także przeciwko samemu zastawcy. Lecz obrona ta była niezupełna: interdykty często mogły być bezskuteczne.

Jasną jest rzeczą, że o ile przy fiducia na pierwszym planie stawiano interesy wierzyciela, o tyle przy *pignus* rzecz się dzieje zupełnie odwrotnie: interesy wierzyciela zabezpieczone są bardzo słabo. Przyszłości pozostawiono wynalezienie słusznego środka: z jednej strony, pozostawiając dłużnikowi prawo własności, stworzenie dla wierzyciela prawa rzeczowego na rzeczy zastawionej, a z drugiej określenie tego prawa, jako prawa rozporządzania rzeczą w razie nieuiszczenia długu. I rzeczywiście dalsza praca poszła w tych dwóch kierunkach.

Lecz do tego zasadniczego zadania przyłączyło się dodatkowe. Zarówno przy fiducia, jak i przy pignus, mimo wielkiej różnicy prawnej pomiędzy niemi, jedna rzecz była im wspólna, która bardzo krępowała niektóre rodzaje kredytu, a była nią konieczność wyzbycia się na pewien czas rzeczy przez osobę potrzebującą kredytu. Tymczasem kredyt niejednokrotnie był potrzebny właśnie dla tej rzeczy, np. dla ulepszenia uprawy roli, która obecnie musiała być oddana wierzytelowi, choćby tylko w zwykły pignus. Otrzymanie pożyczki i jednocześnie utrzymanie w swych rękach rzeczy zastawionej możliwe było dla dłużnika tylko drogą uboczną: oddając rzecz wierzytelowi, dłużnik mógł otrzymać ją zpowrotem jako precarium, t. j. w posiadanie do odwołania. Że podobne wypadki spotykały się często nawet w czasie późniejszym świadczą o tem kompilatorowie Justynjańscy w jednej ze swoich interpolacyj do tekstu komentarza Ulpjana (fr. 6. 4. D. 43. 26: „Cotidie enim precario rogantur creditores ab his, qui pignori dederunt”). Lecz ten sposób nawet w razie zgody wierzyciela uzależniał zupełnie dłużnika od niego: w każdej chwili, nawet przed terminem płatności, wierzyciel mógł żądać wydania rzeczy (zapomocą int. de precario), a przez to mógł zniweczyć wszystkie plany gospodarcze dłużnika. Tymczasem rozwój stosunków ekonomicznych wymagał ustanowienia takiej formy zabezpieczenia rzeczowego, przy której rzecz zastawiona wierzycielowi mogłaby przed nadejściem terminu płatności pozostać w ręku dłużnika. Szczególnie było to potrzebne przy pożyczce — pod zastaw nieruchomości.

Jak z jednej strony coraz bardziej odczuwano potrzebę takiej formy, tak z drugiej znów życie podawało wzory do należytego rozwiązania zagadnienia.

I tak państwo i municypja, zawierając umowy (o dzierżawę lub dostawę) ze stowarzyszeniami kapitalistów, potrzebowały pewnego zabezpieczenia ze strony tych ostatnich, że wywiążą się należycie ze swego obowiązku. Takie zabezpieczenie urzeczywistniano praedibus praedibusque: stowarzyszenie kapitalistów wystawiało poręczycieli (praedes) i wskazywało grunta (praedia), które mogłyby być sprzedane

w razie niespełnienia umowy i które w tym celu były spisane (*praedia subsignata*). *Praedia* te pozostawały we własności i w posiadaniu swych właścicieli, lecz w razie niespełnienia umowy (niezależnie od tego w czyich rękach znajdowały się) podlegały sprzedaży (*venditio ex lege praedioria*). Ten rodzaj zabezpieczenia nazywał się *predjaturą*; jak widzimy, posiada ona wszystkie istotne cechy zastawu, lecz ma zastosowanie jedynie w stosunkach państwowych i municypalnych (por. *lex Malacitana* 64, 65; Girard. *Textes*. str. 115—6).

Z drugiej strony w prowincjach greckich i zhellenizowanych, a także w miastach greckich Italii południowej, już istniała nawet w stosunkach pomiędzy osobami prywatnymi analogiczna forma zastawu pod nazwą hipoteki (*hypotheca*).

Wreszcie i przytoczone wyżej wypadki *pignus* z *precarium* mogły nasuwać myśl o udoskonaleniu tej formy przez nadanie dłużnikowi bardziej niezależnego od wierzyciela stanowiska.

W każdym razie nowa forma zastawu, która w następstwie otrzymała nazwę *hypotheca* i którą zachowała dotychczas (według badań Fehr'a nazwa ta oficjalnie została wprowadzona do łacińskiego języka prawnego dopiero przez Justynjana, stąd w *Corpus* wszędzie interpolowano; prawnicy klasyczni mówili o „*rem pignori obligare*”), przedostała się do prywatnego obrotu rzymskiego i otrzymała swoją sankcję w prawie pretorskiem. Mogą być różne zdania o tem, który ze wspomnianych wzorów odegrał przy opracowaniu tej formy główną rolę: według zdania jednych (*Dernburg*) — *hypotheca* grecka, według zdania drugich (*Jourdan, Manigk*) — *predjatura*, według zdania trzecich (*Herzen*) — *pignus*. W każdym razie powstanie historyczne tej formy w prawie rzymskiem przedstawia się w sposób następujący.

Najdawniejszym wypadkiem, w którym znalazła urzeczywistnienie idea hipoteki, był zastaw ruchomości przez lokatora lub dzierżawcę. Z chwilą rozwoju najmu mieszkań i drobnych wiejskich kawałków gruntu powstał zwyczaj, że wszystko co z sobą lokator lub dzierżawca przywoził, t. zw. *illata, invecta, inducta* (meble, narzędzia

gospodarcze), stawało się dla gospodarza zastawem, zabezpieczającym należyte spełnianie przez lokatora lub dzierżawcę obowiązków, wypływających z najmu. Bardzo prawdopodobną jest rzeczą, że ten zwyczaj wytworzył się na gruncie umów o *pignus* i *precarium*. Lokator w ten sposób pozostawał właścicielem i posiadaczem swej ruchomości, lecz była ona *pignori obligata* na korzyść wierzyciela; w razie nieuiszczenia czynszu mieszkaniowego wierzyciel mógł nie wypuścić rzeczy z mieszkania. Stosunki tego rodzaju w ostatnim stuleciu rzyzypospolitej, kiedy wielka ilość biednych mieszkała w wynajętych domach lub dzierżawiła drobne kawałki gruntu, wywołały wiele skarg i nadużyć, a wskutek tego zwróciły szczególną uwagę pretora. Przedewszystkiem w miastach działały się często nadużycia ze strony właścicieli domów: pod pozorem niespełniania obowiązków przez lokatora gospodarze często nie wypuszczali jego rzeczy, a przez to pozbawiali go możliwości przeprowadzenia się do innego mieszkania. W celu ulżenia doli lokatorów pretor zaczął udzielać im *interdictum de migrando* (pr. i § 1. D. 43. 32). Przy dzierżawie gruntów wiejskich położenie gospodarzy było znacznie trudniejsze: pozostając poza stałym nadzorem, dzierżawca mógł z łatwością wywieźć rzeczy. W celu dania gospodarzom możliwości utrzymania tych rzeczy edykt pretorski ustanowił specjalny środek — *interdictum Salvianum* (Gai. IV. 147). Lecz interdykt ten wystosowany był tylko przeciwko samemu *colonus*, a nie przeciwko osobom trzecim; stąd też, aby wymóc *illata*, *invecta* i *inducta* od tych ostatnich, nieco później została ustanowiona druga skarga — *actio Serviana*. Dzięki tej ostatniej skardze prawo gospodarza do inwentarza dzierżawcy otrzymało charakter rzeczywistego prawa rzeczowego: gospodarz mógł odebrać te rzeczy z rąk każdego ich posiadacza.

Actio Serviana, ustanowiona dla jednego wypadku prywatnego, stała się pierwszym otworem w murze, przeszkadzającym swobodnemu rozwojowi prawa zastawowego. Hipoteka uznana w jednym wypadku domagała się swego uznania i w innych, aż wreszcie w prawie klasycznym powstaje pod nazwą *actio quasi-Serviana* albo *actio hypo-*

the caria in rem ogólna skarga dla wszystkich wypadków, w których według umowy stron zastaw został ustanowiony w formie hipoteki, t. j. z pozostawieniem w ręku dłużnika tak własności jak również posiadania rzeczy zastawionej. W razie nieuiszczenia długu wierzyciel zapomocą tej skargi może żądać wydania rzeczy zastawionej tak od samego zastawcy jak również od wszystkich osób trzecich; późniejsze rozporządzenia zastawcy w stosunku do rzeczy nie mają żadnego znaczenia dla wierzyciela (§ 7. Inst. 4. 6).

Lecz skoro prawo rzeczowe zostało uznane dla wypadków hipoteki, tem bardziej należało je uznać dla wypadków *pignus* i rzeczywiście *actio quasi-Serviana* znalazła i tu zastosowanie pod nazwą *actio pigneraticia*.

W ten sposób została rozwiązana kwestja w jednym kierunku: prawo zastawowe stało się rzeczywistym prawem rzeczowym, [przyczem zostały wytworzone dwie formy zastawu: z wręczeniem posiadania — *pignus* i bez wręczenia go — *hypotheca*. Obie formy istniały równorzędnie do wyboru stron, a nadto miała jeszcze zastosowanie dawna forma cywilna *fiducia*. Do ustanowienia hipoteki nie potrzebna była żadnego specjalnego aktu rzeczowego: prawo rzeczowe powstawało już z chwilą zawarcia umowy.

Pozostała jeszcze nierozstrzygnięta kwestja w drugim kierunku: należało określić istotną treść prawa zastawowego.

Jak wiadomo, początkowo *pignus* dawał wierzycielowi tylko prawo zatrzymania rzeczy do chwili uiszczenia długu; żadnych innych praw wierzyciel nie posiadał; sprzedaż przez niego nawet w razie nieuiszczenia długu uważana była za *furtum*. Lecz rozumie się było to słabe zabezpieczenie i dlatego zwykle przy ustanawianiu *pignus* wierzyciel wymawiał sobie prawa dodatkowe: albo prawo sprzedaży rzeczy — *pactum de vendendo*, albo prawo zatrzymania rzeczy na własność — *lex commissoria*. W obydwóch jednak wypadkach konieczna była specjalna umowa, ponieważ ani jedno ani drugie prawo samo przez się nie domniemywało się. To samo miało miejsce i przy hipotece. W takiej formie prawo zastawowe istnieje jeszcze w pierwszych stuleciach cesarstwa:

prawnik Iavolenus np. mówi, że sprzedaż rzeczy bez pactum de vendendo stanowi furtum (fr. 74. D. 47. 2).

Powoli jednak wytwarza się pogląd, że prawo zastawowe bez prawa sprzedaży jest pozbawione swojego należytego znaczenia gwarancyjnego i prawnicy z końca okresu klasycznego zaczynają wszelką umowę zastawową tłumaczyć w ten sposób, że wierzycielowi przez samą już umowę przysługuje *ius vendendi*; jeżeli zaś strony tego prawa nie chcą, to winni wykluczyć je zapomocą specjalnej umowy (Ulpjan — fr. 4. D. 13. 7). W ten sposób o ile przedtem było konieczne specjalne pactum de vendendo, o tyle obecnie konieczne było specjalne pactum de non vendendo.

Wreszcie w prawie poklasycznym rozwój prawa zastawowego został zakończony. Z jednej strony cesarz Konstantyn zakazał używania *lex commissoria*, jako umowy, pokrywającej przeważnie czynności lichwiarskie. Z drugiej strony Justynjan postanowił, że nawet pactum de non vendendo nie wyklucza prawa sprzedaży w razie nieuiszczenia długu, lecz tylko nieco je utrudnia, zobowiązując wierzyciela do trzykrotnego uprzedniego zawiadomienia dłużnika o terminie płatności. W rezultacie prawo zastawowe zostało ostatecznie określone jako prawo rzeczowe sprzedaży cudzej rzeczy, czem w swej istocie i pozostaje.

Lecz prawo zastawowe posiada w prawie rzymskiem wszystkie cechy prawa akcesoryjnego: istnieje tylko jako zabezpieczenie wierzytelności i dzieli losy tej ostatniej. Winno dać wierzycielowi tylko to, do czego posiada on prawo na mocy roszczenia osobistego, winno zabezpieczyć go przed szkodami, lecz nie przynosić mu żadnych zysków. Wskutek tego, jeżeli dojdzie do sprzedaży rzeczy i otrzymana suma przewyższy dług, to wierzyciel obowiązany jest nadwyżkę t. zw. *hyperocha* zwrócić dłużnikowi. Jeżeli suma otrzymana nie wystarcza na pokrycie długu, to wierzycielowi przysługuje roszczenie osobiste przeciwko dłużnikowi o pozostałość.

Sprawa ustanowienia zastawu w formie *pignus* lub w formie *hypotheca* zależała w zupełności od woli stron. W przeciwieństwie do prawa współczesnego, które zna dla rzeczy ruchomych tylko t. zw. zastaw odręczny (*pignus*), a dla nieru-

chomości tylko hipoteczny, prawo rzymskie dopuszczało dla wszystkich rzeczy tak pierwszą jak i drugą formę. Jeżeli zastaw był połączony z wręczeniem rzeczy (*pignus*), posiadanie bynajmniej nie dawało wierzycielowi prawa używania i pobierania owoców z rzeczy zastawionej; takie użytkowanie tworzyło rodzaj kradzieży — *furtum usus*. Jedynie zapomocą specjalnej umowy prawo to mogło być udzielone (*antichresis*).

Na tej samej rzeczy, np. gruncie, domu, mogło istnieć kilka hipotek: rzecz zastawiano najpierw jednemu, potem drugiemu i t. d. Nie zakazując tego rodzaju wielokrotnego zastawu często koniecznego przy pewnych warunkach gospodarczych, prawo rzymskie ustanowiło dla tego wypadku zasadę pierwszeństwa, według której najpierw urzeczywistniało się pierwsze co do czasu powstania prawo zastawowe, potem z pozostałości drugie i t. d.

III. PRAWO POKLASYCZNE.

§ 16 ZJEDNOCZENIE PRAWA CYWILNEGO I PRETORSKIEGO.

System złożony stosunków rzeczowych, który powstał w okresie rzeczypospolitej i składał się z kilku pomieszanych pomiędzy sobą warstw historycznych (rzeczowe prawa kwirytarne, pretorskie, peregryńskie i prowincjonalne), przedstawiał z konieczności wiele niedogodności praktycznych. Zadaniem cesarstwa pozostało i w tej dziedzinie zjednoczenie tych różnorodnych pojęć i uproszczenie.

Co się tyczy prawa własności, to z pośród czterech wspomnianych jej rodzajów najpierw odpadła własność peregryńska. Ustawa Karakalli z 212 r. przez udzielenie prawa obywatelstwa wszystkim poddanym cesarstwa rzymskiego zniosła rację jej istnienia. Lecz nie na próżno istniała ona w przeszłości: wolna od wszelkich właściwości lokalnych jej treść oraz obrót wywarły wielki wpływ na samo pojęcie i ukształtowanie się własności rzymskiej.

Z chwilą ustanowienia nowego podziału administracyjnego terytorjum oraz zniesienia poprzedniego znaczenia prawnego prowincyj za Dioklecjana znikł system specjalnych pro-

wincjonalnych praw rzeczowych. Nałożenie nowych podatków gruntowych (*capitatio terrena* i *capitatio humana*) na całą własność ziemską (także italską) pozbawiła *solum Italicum* dawnych przywilejów podatkowych.

W ten sposób w okresie monarchji pozostała jeszcze różnica pomiędzy własnością kwirytarną i pretorską (*bonitarną*). Lecz różnica ta, polegająca głównie na stosowaniu odrębnych środków obrony (*rei vindicatio* i *actio Publiciana*), prawie zupełnie straciła praktyczne znaczenie od chwili, kiedy proces formułkowy został zastąpiony przez nieformalne postępowanie nadzwyczajne. Zresztą główne źródło własności kwirytarnej — formalne nabycie *res Mancipi* — powoli znikło, podział rzeczy na *res Mancipi* i *nec Mancipi* już dawno stał się anachronizmem. Można śmiało powiedzieć, że podział własności na *dominium ex iure Quiritium* i *in bonis esse* w praktyce już dawno wyszedł z użycia, kiedy Justynjan wspominał o nim w swej kodyfikacji. Kompilatorowie, układając *Digesta*, spotkali się z temi różnicami w dziełach prawników klasycznych i z kwestją tą zwrócili się do Justynjana. Na mocy dwóch rozporządzeń Justynjan formalnie zniósł te pozostałości dawnych czasów. Pierwsze z nich — rozporządzenie z 530 r. *de nudo ex iure Quiritium tollendo* (c. unica C. 7.25) — znosi różnicę pomiędzy własnością kwirytarną i *bonitarną*. Tekst tego rozporządzenia jest charakterystyczny: według słów Justynjana prawo kwirytarne niczem nie różni się od zagadki i nigdy nie jest widzialne („*nihil aenigmate discrepat nec umquam videtur neque in rebus apparet*”); jest jedynie czczem słowem odstrasżającym młodzież („*vacuum et superfluum verbum, per quod animi iuvenum... perterriti*”); od tej chwili nie powinna istnieć żadna różnica pomiędzy właścicielami, każdy z nich jest „*plenissimus et legitimus dominus*”. Drugie rozporządzenie z 531 r., poświęcone reformie instytucji zasiedzenia, w końcu porusza kwestję *res Mancipi* i *nec Mancipi* i znosi ten podział w celu uniknięcia „*inutiles ambiguitates*” (c. 1.5. C. 7.31). W ten sposób znikły przeżytki, sięgające początkiem swoim kolebki narodu rzymskiego, które dla żyjących w czasach Justynjana wydawały się już tylko jako „*antiquae subtilitatis ludibrium*”.

W ciągu tego okresu wychodzą z użycia również dawne sposoby kwirytarne nabycia prawa własności — *mancipatio* i *in iure cessio*. O *mancipatio* wspomina jeszcze *Codex Theodosianus* w konstytucji z 355 r., lecz za czasów Justyniana razem z *in iure cessio* już przestaje istnieć. W *Digestach* w tych wszystkich wypadkach, w których prawnicy mówili o *mancipatio*, wyraz ten został zastąpiony przez *traditio* albo przez inne analogiczne wyrażenie („*per traditionem accipere*”).

Jedynym sposobem umownym przeniesienia prawa własności pozostaje *traditio*. Lecz prawo rzymskie obecnie stoi na stanowisku, że prawo rzeczowe (własności) może być przeniesione jedynie zapomocą tego specjalnego aktu rzeczowego *traditio*; zwykła umowa stron do tego nie wystarcza: „*Traditionibus et usucapionibus dominia rerum, non nudis pactis transferuntur*” głosi rozporządzenie Dioklecjana (c. 20. C. 2.3).

Lecz powyższej teoretycznie zupełnie słusznej zasady prawo rzymskie nie zdołało w sposób należyty rozwinąć. Specjalny akt rzeczowy przy przenoszeniu prawa własności w inne ręce był pożądanym w tym celu, aby osoby trzecie mogły po pewnych oznakach zewnętrznych łatwiej poznać, kto jest właścicielem danej rzeczy. W stosunku do rzeczy ruchomych samo wręczenie posiadania (*traditio*) może do tego wystarczyć, nie krępując przytem swobody obrotu. Inaczej rzecz się ma w stosunku do nieruchomości: stanowią one najważniejsze przedmioty obrotu, z niemi mogą łączyć się ważne prawa innych osób (służebności, prawa zastawowe). Powody te skłoniły prawo współczesne do wprowadzenia zasady jawności dla aktów, odnoszących się do nieruchomości, zasady, która znalazła sobie najpewniejszy wyraz w instytucji ksiąg gruntowych. Wszelkie przenoszenie prawa własności, wszelkie ustanowienie służebności lub hipoteki winny być notowane w urzędowych księgach gruntowych, wobec czego każda osoba zainteresowana może z łatwością otrzymać pewne wiadomości o prawnym stanie danego majątku.

Prawo rzymskie w tym kierunku nie uczyniło kroku decydującego. Ruchomości i nieruchomości są w niem traktowane jednakowo. Chociaż dawna *mancipatio* nie dawała całkowitego zabezpieczenia jawności w znaczeniu wyżej

przedstawionem, była jednak aktem więcej publicznym niż nieformalna traditio; stąd też pod tym względem zanik mancipatio był nawet pewnym krokiem wstecz. O dokonaniu traditio nawet olbrzymiego majątku mógł prawie nikt nie wiedzieć; poprzedni właściciel mógł jeszcze przez długi czas uchodzić za właściciela i zawierać różne akty prawne, odnoszące się do tego majątku; rozumie się, że wszystkie te akty w następstwie nie będą posiadać żadnego znaczenia, pozostawia jednak po sobie wiele szkody i nieładu. Stąd też brak jawności stanowi może najsłabszą stronę prawa rzymskiego, które w przyszłości musiało zostać uzupełnione przez prawa nowsze.

Należy jednak zauważyć, że braki te widzieli już cesarze rzymscy i nawet widoczne są z ich strony pewne usiłowania w kierunku wzmocnienia zasady jawności¹. I tak np. zasługuje na wzmiankę ustawa cesarza Konstantyna (Fr. Vat. 35), która nakazywała wykonywanie traditio posiadłości w obecności sąsiadów w tym celu, aby „contractus solemniter explicatur” i aby „certa et vera proprietas vicinis praesentibus demonstretur”. Na Zachodzie, zdaje się, był dość rozpowszechniony zwyczaj uroczystego wprowadzania w posiadanie—solemnis locorum introductio, nieraz połączony nawet z zapisaniem do ksiąg dochodowych (libri censuales). Lecz były to zwyczaje prawnie nieobowiązujące. Jedynie w jednej części państwa rzymskiego, mianowicie w Egipcie, sprawa przedstawiała się inaczej². Tam już w I stuleciu po Chr. spotykamy zupełnie zorganizowaną instytucję obowiązkowej rejestracji aktów, dotyczących nieruchomości, swego rodzaju instytucję ksiąg gruntowych. W głównem mieście każdego okręgu istniał urząd państwowy — t. zw. βιβλιοθήκη ἐγκρίσεων — pod kierownictwem specjalnych βιβλιοφύλακες. W celu dokonania jakiegoś aktu, dotyczącego nieruchomości (sprzedaż, zastaw), konieczne było uprzednie zaświadczenie wspomnianego urzędu, że dana osoba jest właścicielem od-

¹ Costa, Storia del diritto romano privato, str. 225 nn.

² Patrz Mitteis, Grundzüge und Chrestomatie der Papyruskunde, Bd. II, 1, str. 90 nast.; Freze, Oczerki greko-egipskiego prawa, cz. I, str. 86 nast.

nośnej nieruchomości i że niema na niej żadnych ograniczeń, któreby przeszkadzały dokonaniu zamierzonego aktu. Na podstawie tego zaświadczenia notariusz sporządzał akt, a następnie akt ten musiał być wciągnięty do specjalnego rejestru, który był źródłem wiadomości o prawnym stanie nieruchomości. W jaki sposób powstał ten porządek w Egipcie — nie jest całkowicie wyjaśnione: istnieje nawet zdanie, że zaprowadzili go sami Rzymianie po "zawładnięciu Egiptu. Istnienie jego spotykamy (na podstawie dokumentów) jeszcze w początkach IV. w., ale czy utrzymał się dłużej, niewiadomo. W każdym razie ta ciekawa próba zapisów gruntowych była w państwie rzymskiem lokalnem zjawiskiem egipskiem i nie wywarła żadnego wpływu na prawo powszechne cesarstwa rzymskiego.

Istotnej reformie w okresie cesarstwa uległa instytucja zasiedzenia. Cywilna *usucapio* nie miała zastosowania w stosunkach pomiędzy peregrynami oraz w prowincjach, a tymczasem zasiedzenie było tam w tym samym stopniu konieczne, jak w stosunkach cywilnych. Wskutek tego powstała tam instytucja przedawnienia, t. zw. *longi temporis praescriptio*¹. Pochodzenie jej jednak było inne, niż cywilnej *usucapio*. Zasadniczą podstawą *longi temporis praescriptio* była nie idea nabycia prawa własności zapomocą długoletniego posiadania (zasiedzenie nabywcze), lecz idea zgaśnięcia skargi właściciela z racji długotrwałego niewszczynania jej (przedawnienie umarzające). Stąd pochodzi brak różnicy co do czasu dla ruchomości i nieruchomości: *longi temporis praescriptio* wymaga upływu 10 lat, jeżeli powód i pozwany mieszkają w tej samej prowincji (*inter praesentes*), a 20 lat, jeżeli mieszkają w różnych prowincjach (*inter absentes*), lecz ruchomość względnie nieruchomość nie odgrywają żadnej roli. Następnie broniąc zgaśnięcia skargi, pozwany może doliczyć do swego posiadania czas posiadania swojego poprzednika (*accessio temporis*). Najistotniejszą cechą było to, że *l. t. praescriptio* początkowo była tylko protestem (*praescriptio pro reo*) przeciwko skardze właściciela; samodzielnego prawa dochodzenia rzeczy przeciwko właścicielowi lub osobom trzecim

¹ Patrz *Partsch*, Die *longi temporis praescriptio* in klassischen röm. Rechte, 1906:

(jeżeli dostanie się w ich ręce po upływie czasu *praescriptio*) posiadacz nie miał. Brak ten później został usunięty przez nadanie posiadaczowi *actio ad rem vindicandam*, wskutek czego l. t. *praescriptio* otrzymała charakter zasiedzenia nabywczego i znalazła zastosowanie nawet w stosunkach pomiędzy *cives romani*.

W ten sposób w okresie monarchji sprawa zasiedzenia faktycznie przedstawiała się następująco: w Italji obowiązywała według ogólnej zasady cywilna *usucapio*, w prowincjach *longi temporis praescriptio*. Lecz dualizm ten stracił już podstawę w realnych warunkach; w szczególności 2-letni termin przy cywilnej *usucapio* nieruchomości, wystarczający wówczas, kiedy terytorjum Rzymu było niewielkie, okazał się zbyt krótkim, kiedy zostało ono rozciągnięte na całą Italję. Wobec tego Justynjan na mocy specjalnego rozporządzenia z 531 r. *de usucapione transformanda* (Cod. 7.31) połączył obie instytucje w jedną w sposób następujący: dla rzeczy ruchomych obowiązuje *usucapio*, lecz termin zostaje przedłużony do 3 lat, a dla nieruchomości *longi temporis praescriptio* w ciągu 10' względnie 20 lat, przyczem wymogi do zasiedzenia (*bona fides, iustus titulus i res habilis*) w obydwóch wypadkach zostają jednakowe. W ten sposób wytworzyła się t. zw. *praescriptio ordinaria*.

Lecz obok niej Justynjan ustanowił *praescriptio extraordinaria*, czyli *longissimi temporis praescriptio*. Cesarz Teodozjusz II na mocy rozporządzenia z 424 r. ustanowił ogólne umarzające przedawnienie skarg w ciągu 30 (a niektórych skarg w ciągu 40) lat; po upływie tego terminu powód już nie mógł wystąpić ze swoją skargą. Wskutek tego osoba, posiadająca cudzą rzecz, znajdowała się w takim samem położeniu, jakie widzieliśmy przy pierwotnej *longi temporis praescriptio*: mogła odeprzeć skargę właściciela, lecz nie posiadała sposobu do odebrania zpowrotem rzeczy, która wydostała się z jej rąk. Justynjan na mocy rozporządzenia z 528 r. (c. 8. 1. C. 7.39) uczynił to, co już wcześniej zostało uczynione w stosunku do l. t. *praescriptio*, mianowicie udzielił takiemu posiadaczowi skargi. Wskutek tego powstał drugi rodzaj zasiedzenia, wymagający dłuższego czasu, ale zato łagodniejszy co do innych

wymogów: wymaga tylko bona fides posiadacza; w ten sposób, jeżeli ktoś nie mógł nabyć rzeczy drogą zasiedzenia zwyczajnego (np. z racji braku iustus titulus albo ponieważ rzecz była res furtiva), to mógł ją nabyć zapomocą zasiedzenia nadzwyczajnego.

Oprócz wspomnianych podstawowych reform w dziedzinie sposobów nabycia prawa własności czasy cesarskie przyniosły nadto kilka rozporządzeń specjalnych, regulujących inne jeszcze wypadki nabycia prawa własności. Należy do nich rozporządzenie Hadrijana, potwierdzone później przez Justynjana, które reguluje sprawę znalezienia skarbu (thesaurus): jedna połowa skarbu przysługuje znalazcy, a druga właścicielowi gruntu, na którym skarb znaleziono. Następnie należy do nich postanowienie Justynjana, rozstrzygające dawny spór pomiędzy Prokulejanami i Sabinjanami w sprawie rzeczy zrobionej z cudzego materiału (specificatio): Prokulejanie własność rzeczy przyznawali temu, kto dokonał specificatio, Sabinjanie zaś temu, do kogo należał materiał; Justynjan przyjął zdanie pośrednie: rzecz przysługuje właścicielowi materiału, jeżeli można ją przywrócić do pierwotnej postaci, a specyfikantowi, jeżeli nie da się to uczynić (fr. 7.7. D. 41.1).

W dziedzinie praw na rzeczach cudzych najważniejszym faktem działalności ustawodawczej późniejszych cesarzy było zakończenie rozwoju prawa rzeczowej dzierżawy wieczystej wzmiankowanego już przy ius in agro vectigali prawa pretorskiego.

W okresie cesarstwa obok ius in agro vectigali zaczął rozwijać się inny rodzaj podobnej dzierżawy pod nazwą emphyteusis. W olbrzymich majątkach cesarskich (fundi patrimoniales) grunta, najczęściej nieuprawne, wypuszczano w dzierżawę za pewną coroczną opłatą (canon). Początkowo dzierżawa ta była bezterminowa tylko faktycznie, lecz później stała się nią także prawnie. Z biegiem czasu zwyczaj wypuszczania w dzierżawę wieczystą gruntów zaczęli praktykować także właściciele prywatni przez co zakres stosowania tej instytucji rozszerzył się. Powoli nieznaczne różnice pomiędzy ius in agro vectigali i emphyteusis znikły, tak że za czasów Justynjana istniała

już tylko jedna instytucja tego rodzaju, nosząca zazwyczaj nazwę *emphyteusis*. Wskutek tego w *Digestach* spotykamy dodatki interpolacyjne — np. fr. 15. 1. D. 2.8: „Sed et qui vectigalem, id est *emphyteuticum*, agrum possidet, possessor intelligitur”; „id est *emphyteuticum*” — interpolacja.

W tym samym czasie ustawodawstwo cesarskie określiło dokładniej naturę i treść stosunku *emfiteutycznego*. Co do natury umowy odnośnie do *agri vectigales* wśród prawników klasycznych nie było jednoznaczności: jedni uważali tę umowę za najem rzeczy — *locatio - conductio*, inni kupno - sprzedaż — *emptio - venditio* (Gai. III. 145). Kwestja ta miała dla dzierżawców wielkie znaczenie praktyczne: jeżeli bowiem była to umowa najmu, to według ogólnych dla *locatio - conductio* zasad w razie nieszczęść nadzwyczajnych (nieurodzaju) dzierżawca mógł żądać zmniejszenia czynszu dzierżawnego (*remissio mercedis*); jeżeli była umowa kupna - sprzedaży, to dzierżawca nie mógł tego żądać. Cesarz Zeno (476 — 484) usunął tę rozbieżność zdań, stanowiąc, że *emphyteutis* nie jest ani najmem, ani sprzedażą, lecz „*ius tertium*”, t. j. umową specjalnego rodzaju, przyczem kwestja *remissio mercedis* została rozstrzygnięta negatywnie (c. 1. C. 4.66). Następnie Justynjan postanowił, że w razie nieuiszczenia czynszu w ciągu 3 lat właściciel ma prawo odebrać grunt posiadaczowi (*ius privationis*), a w wypadku sprzedaży przez *emfiteutę* swego prawa właściciel posiada albo prawo pierwokupu (*ius protimiseos*) albo prawo do otrzymania 2⁰/₁₀ od ceny sprzedażnej (*laudemium* — c. 2 i 3. C. 4.66).

Co się tyczy prawa zastawowego, to z trzech form zastawu znanych prawu klasycznemu — *fiducia*, *pignus* i *hypotheca* — najdawniejsza forma, *fiducia*, znikła wraz z *manipatio* i *in iure cessio*; w ten sposób za czasów Justynjana istniały już tylko dwie ostatnie. Prócz tego, że *pignus* zawiera w sobie wręczenie posiadania, a *hypotheca* nie, żadnych innych różnic pomiędzy nimi nie było, tak że Marcjan mógł powiedzieć: „*Inter pignus et hypothecam tantum nominis sonus differt*” (fr. 5. 1. D. 20. 1). Do najważniejszych zjawisk czasów późniejszych w dziedzinie stosunków zastawowych należą następujące.

Prawo zastawowe powstaje także obecnie zapomocą zwykłej umowy pomiędzy stronami. Jeżeli, jak zaznaczyliśmy, nawet *traditio* przy przenoszeniu prawa własności nie zabezpieczała w sposób dostateczny obrotu odnośnie do nieruchomości przed nadużyciami, to dla ustanowienia hipoteki nie wymagano nawet *traditio*, wskutek czego możliwość nadużyć była tu jeszcze większa. Dając pożyczkę pod zastaw gruntu, wierzyciel nigdy nie był pewny czy na tym samym gruncie nie istnieje już cały szereg hipotek. A nawet co więcej mógł w razie skarżenia go ustanawiać podstępnie fikcyjne hipoteki (z datą wcześniejszą) na korzyść osób trzecich; wykrycie w tym wypadku podstępu było rzeczą prawie niemożliwą. W celu zapobieżenia podobnym nadużyciom *cesarz Leon* na mocy rozporządzenia z 472 r. (c. 11. 1. C. 8. 17) postanowił, iżby w razie zbiegu kilku hipotek pierwszeństwo miały te, które zostały ustanowione w formie pisemnej dokonanej z udziałem urzędowego notariusza (*instrumenta publice confecta*) albo podpisanej przynajmniej przez trzech świadków (*instrumenta quasi publice confecta*). Data tych dokumentów była uważana za pewną. Lecz rozporządzenie *Leona* usuwało hipoteki nieformalne na plan drugi tylko w razie ich zbiegu; jeżeli podobnego zbiegu nie było, to posiadały całkowitą moc prawną; zasadą pozostało nadal, że hipoteka może być ustanowiona również *nuda conventione* (fr. 1. pr. D. 13. 7).

Oprócz praw zastawowych ustanowionych zapomocą umowy w prawie rzymskiem istnieją prawa zastawowe, powstające bezpośrednio na mocy ustawy—*hypotheca legalis* (prawnicy rzymscy fingowali tu zgodę milczącą i mówili o *pignus tacite contractum*—tit. D. 20. 2) i im później, tem więcej spotykamy tego rodzaju wypadków. Tak np. zwyczaj zastawiania *illata* przez lokatorów z biegiem czasu zamienił się na ustawowe prawo zastawu właściciela domu. W taki sam sposób powstały: ustawowe prawo zastawu właściciela gruntu rolnego na jego owocach z racji niewykonania przez dzierżawcę swych zobowiązań; prawo zastawowe *pupila* na majątku opiekuna; prawo zastawowe fiskusa z racji jego uprawnień w stosunku do osób prywatnych i t. d. Ustawodawstwo cesarzy późniejszych obficie obdarowywało podobnemi przywilejami, a przez to zmniej-

szało ich wartość i niezmiernie osłabiało moc prawną roszczeń nieuprzywilejowanych.

Wreszcie należy wspomnieć o rozwoju t. zw. hipotek generalnych—*hypotheca generalis*. Obok zwykłego zastawu ustanowionego na pewnej określonej rzeczy (zasada specjalności zastawu) powstają hipoteki na całym majątku osoby. Takie generalne hipoteki przysługują już *ipso iure* (na mocy ustawy—*hypotheca legalis*) skarbowi państwowemu na majątku jego dłużników (c. 2 C. 8. 14), pupilowi na majątku opiekuna, żonie na majątku męża z racji posagu i t. d. Przy ogólnem osłabieniu kredytu realnego ustawodawstwo starało się tą drogą wzmocnić roszczenia, wymagające szczególniejszej opieki, lecz przez to jeszcze bardziej pogarszało ogólne położenie.

Brak jawności przy aktach prawno-rzeczowych odnośnie do nieruchomości na gruncie ogólnego upadku ekonomicznego doprowadził rzymski system zastawowy do stanu zupełnie niezadawalającego. W nauce prawników rzymskich znajdujemy i w dziedzinie zastawu dużo nadzwyczaj cennego materiału, lecz wszystko to były tylko artystyczne ozdoby i upiększenia gmachu, który w czasach nowoczesnych musiał ulec przebudowie na podstawie nowych zasad — jawności i specjalności zastawu, ponieważ tylko te zasady mogą być podstawą zdrowego systemu kredytu rzeczowego.

ROZDZIAŁ. III.

HISTORIA ZOBOWIĄZAŃ.

§ 17. WSTĘP. OGOLNE POJĘCIE ZOBOWIĄZANIA.

Zobowiązanie, *obligatio*, według określenia późniejszego prawa rzymskiego oraz według pojęć współczesnych jest to stosunek prawny pomiędzy dwiema osobami, na mocy którego jedna z nich—*creditor*—ma prawo żądania od drugiej—*debitor*—świadczenia czegoś na swoją korzyść. „*Obligatio est iuris vinculum, quo necessitate adstringimur alicuius solvendae rei secundum nostrae civitatis iura*”—głosi określenie umieszczone w Instytucjach Justynjana (pr. In. 3. 13).

Treść zobowiązań może być bardzo różnorodna. Polegać może na obowiązku dania wierzycielowi jakiejś rzeczy (np. przy kupnie-sprzedaży)—*dare*, na obowiązku wykonania lub zaniechania czegoś—*facere* lub *non facere* (wybudowania domu, nieprzeszkadzania łowienia ryb w cudzym stawie), na obowiązku wynagrodzenia wyrządzonej szkody — *praestare*. Wogóle wszystko co jest możliwe („*impossibilium nulla obligatio*”) i nie sprzeciwia się prawu może być przedmiotem zobowiązania. Zobowiązanie jest tą formą prawną, zapomocą której ludzie załatwiają swoje najrozmaitsze konkretne potrzeby, regulując swoje stosunki.

Stosunki zobowiązaniowe powstają z różnych przyczyn. Wiele z nich bierze początek z samego prawa — *obligationes ex lege* (np. obowiązek rodziców i dzieci do wzajemnego utrzymania—t. zw. *alimenty*): większość jednak powstaje z prywatnych czynności prawnych, przyczem czynności te mogą być albo naruszeniami prawa, przestępstwami (kradzież,

zniszczenie lub uszkodzenie cudzej rzeczy) albo aktami prawnymi (umowa kupna-sprzedaży, najmu). Te ostatnie (akty prawne) są podstawowym czynnikiem cywilno-prawnego życia, podstawowym środkiem do urzeczywistnienia tej indywidualnej autonomji, która jest zasadniczą podwaliną samego prawa cywilnego.

Wszelkie zobowiązanie niezależnie od swej treści stwarza pewien związek prawny pomiędzy stronami: wierzycielem i dłużnikiem, pewne *iuris vinculum*. Lecz natura prawna tego związku w ciągu wieków uległa bardzo wielkim zmianom. Według współczesnych pojęć dłużnik jest związany zobowiązaniem tylko o tyle, o ile w razie niespełnienia swego obowiązku będzie musiał pokryć swym majątkiem straty wyrządzone przez to wierzycielowi (t. zw. *interes—id quod interest*). Sama zaś osoba dłużnika pozostaje wolna; za nią odpowiada tylko jej majątek, wskutek czego i samo zobowiązanie posiada charakter pewnego prawa szczególnego wierzyciela do dłużnika. Lecz inaczej przedstawiała się istota związku zobowiązaniowego w starożytności; historia prawa rzymskiego daje nam jasny obraz dokonanej pod tym względem ewolucji.

W ogólnym przebiegu historii rzymskich zobowiązań różniamy dwie warstwy historyczne: dawne prawo cywilne i system czasów późniejszych. Lecz zaznaczyć należy, że chronologicznie warstwy te nie są oddzielone pewną wyraźną granicą: początki nowej warstwy ustawicznie przeplatają się z pozostałościami dawnej, wskutek czego i sam podział posiada charakter względny.

I. DAWNE PRAWO CYWILNE.

§ 18. ZOBOWIĄZANIA Z PRZESTĘPSTW.

Dziedzina, w której najpierw powstały zobowiązania, była dziedziną naruszeń prawa, przestępstwa. Już widzieliśmy (t. I § 7), że w czasach dawniejszych władza państwowa nie wtrącała się w stosunki osób prywatnych; reagowanie w ten lub inny sposób na wyrządzoną krzywdę było rzeczą pokrzywdzonego. Stąd wywodzi się instytucja *odvetu*; z powodu przestępstwa winowajca poddawał się woli pokrzywdzonego; sama osoba przestępcy była przedmiotem zemsty, przy-

czem treść przestępstwa nie odgrywała żadnej roli — zadanie ran, osobista zniewaga, wyrządzenie szkody majątkowej. We wszystkich wypadkach poszkodowany mścił się na samej osobie przestępcy: osoba ostatniego odpowiadała za przestępstwo. W ten sposób po raz pierwszy powstało pojęcie odpowiedzialności (Haftung) jednej osoby wobec drugiej. Lecz nie jest to jeszcze zobowiązanie: przestępca podlega zemście, lecz do niczego nie jest jeszcze zobowiązany; jest odpowiedzialność (Haftung), lecz niema jeszcze długu (Schuld)¹.

Odvetu jednak można uniknąć zapomocą zgody pomiędzy pokrzywdzonym i winowajcą: pokrzywdzony rzeknie się zemsty, jeżeli przestępca wynagrodzi mu krzywdę. Lecz i w tym wypadku niema jeszcze zobowiązania: obowiązek zapłacenia dla winowajcy nie istnieje; jeżeli nie zapłaci, to wszystko wraca do poprzedniego stanu, czyli winowajca nadal będzie podlegać zemście pokrzywdzonego.

Stopniowo państwo zaczyna wtrącać się do tej dziedziny i z początku wprowadza pewne ograniczenia, a potem zupełnie znosi odwet; wzamian za to ustanawia pewne prywatne (t. j. na korzyść pokrzywdzonego) kary. To co dawniej było tylko dowolnem, staje się obecnie obowiązującym. Jednocześnie władza państwowa bierze na siebie obowiązek dopilnowania, aby pokrzywdzony otrzymał ustanowioną karę. I tu po raz pierwszy powstaje prawne pojęcie długu, zobowiązania: przestępca jest już obowiązany zapłacić poszkodowanemu karę (poena). Lecz niewykonanie tego zobowiązania przez dłużnika jeszcze czas pociąga za sobą następstwa podobne do tych, które miały miejsce przedtem przy niespełnieniu dobrowolnej umowy wykupu od zemsty.

Początkowo władza państwowa w sprawie ograniczeń lub zakazu odwetu postępuje bardzo oględnie, gdyż zakazy jej mogłyby okazać się bezskuteczne, zwłaszcza tam gdzie stykają się z podrażnionym do ostateczności poszkodowanym. Wskutek tego wspomniane kary mają zastosowanie przede-

¹ Por. *Gierke, Schuld und Haftung im älteren deutschen Rechte*, 1910.

wszystkiem przy mniejszych przestępstwach, przy których osobista uraza nie jest zbyt wielka. Stąd też przepisy, odnoszące się do stosunków wynikających z przestępstw, przez długi czas posiadają charakter przejściowy, co jasno uwydatnia się w najdawniejszym prawie rzymskiem — ustawach XII tablic. W tych ustawach znajdujemy następujące rodzaje *delicta privata*.

1) *Iniuria* czyli zniewaga osoby. Ustawy XII tablic rozróżniają trzy stopnie *iniuria*. Największy jej stopień stanowi uszkodzenie członków ciała — *membrum ruptum*; do tego rodzaju wypadku ustawa XII tablic stosuje jeszcze dawny porządek — odwet według zasady: oko za oko, ząb za ząb (*talio*), jeżeli naturalnie nie nastąpi dobrowolna zgoda pomiędzy stronami: „*Si membrum rupsit, ni cum eo pacit, talio esto*”. Drugi stopień stanowią inne, mniejsze uszkodzenia ciała — *os fractum*; tu zemsta została już zakazana: winowajca winien był zapłacić przepisaną karę 300 asów, jeżeli poszkodowany był człowiekiem wolnym, a 150 asów, jeżeli poszkodowany był niewolnikiem. Wreszcie trzeci rodzaj *iniuria* polega na wyrządzeniu innej, ale zawsze jeszcze fizycznej, zniewagi, np. pobicie bez zadania ran, uderzenie i t. p. — *verberatio*, *pulsatio*; przestępca winien był zapłacić karę w wysokości 25 asów (Girard, *Textes*, str. 17—18).

2) *Furtum* — kradzież. Skutki kradzieży są rozmaite, zależnie od tego, czy złodziej został schwytany na gorącym uczynku, czy nie: w pierwszym wypadku będzie *furtum manifestum*, a w drugim *furtum nec manifestum* (Gai. III. 183—184).

Jeżeli złodziej został schwytany na gorącym uczynku (*furtum manifestum*), to według ustaw XII tablic podlegał karze śmierci. Jeżeli kradzież została dokonana w nocy albo w dzień, lecz złodziej przy pomocy broni nie dał się zatrzymać, wówczas mógł być bezkarnie zabity („*Si nox furtum faxit, si im occisit, iure caesus esto. Luciusi se telo defendit*”). Wymagano jedynie, aby ten, kto schwytał złodzieja natychmiast krzykiem zwołał naród („*en-doque plorato*”, „*cum clamore testificetur*” — fr. 4. 1. D. 9. 2).

W innych wypadkach złodzieja dziennego zabijać nie wolno; podlegał karze chłosty i bywał oddawany okradzionemu (Gai. III. 189: „*Verberatus addicebatur ei, cui furtum fecerat*”). Lecz kwestja jego stanowiska, według świadectwa Gajusa, była już niejasna dla samych prawników rzymskich: według zdania jednych stawał się niewolnikiem, a według drugich stawał się *addictus*, t. j. zasądzonym dłużnikiem. Praktycznie różnica sprowadzała się tylko do tego, że w wypadku ostatnim złodziej miał jeszcze możność wykupienia się w ciągu 60 dni; lecz, rozumie się, w stosunku do wykupu znajdował się już w zupełnej zależności od okradzionego: ponieważ poena nie była określona, to ostatni mógł domagać się od złodzieja, ile chciał. Jeżeli złodziejem był niewolnik, to podlegał karze śmierci przez strącenie ze skały Tarpejskiej.

Jeżeli złodziej nie był schwytany na gorącym uczynku (*furtum nec manifestum*), to winien był tylko zapłacić karę w kwocie podwójnej wartości skradzionej rzeczy — *poena dupli* (Gai. III. 190).

Różnica ta co do skutków pomiędzy *furtum manifestum* i *nec manifestum* nie da się oczywiście wytłumaczyć zapomocą pojęć, któremi dziś kierujemy się przy zwiększaniu lub zmniejszaniu stopnia kary — ani zapomocą stopnia naprężenia złej woli przestępcy, ani rozmiaru wyrządzonej szkody. Naprężenie złej woli może być jednakowe, ale czy złodziej będzie schwytany czy nie, to zależy od wielu okoliczności. Co się tyczy rozmiaru szkody, to przy *furtum manifestum*, według ogólnej zasady, szkoda wcale nie istnieje, ponieważ rzecz pozostała u właściciela. Wreszcie zrozumiała dla nas różnica pomiędzy kradzieżą (potajemną) i rabunkiem (jawnym) dla ustawy XII tablic także nie posiada znaczenia, gdyż różnica pomiędzy *furtum manifestum* i *nec manifestum* nie pokrywa się z nią: jeżeli grabieżca uciekł, to choćby był dobrze znany będzie odpowiadał tylko jako *fur nec manifestus*.

Normy te ustaw XII tablic można zrozumieć jedynie z punktu patrzenia przejściowości, o której wspomnieliśmy wyżej. Są one wytworem nie rozumu, lecz uczucia; ustawa liczyła się nie z pewnemi socjalno-politycznemi pojęciami, ale z psychologją poszkodowanego. Jeżeli złodziej został schwy-

tany na gorącym uczynku, złość poszkodowanego występuje natychmiast w postaci naturalnej dla człowieka prymitywnego zemsty, a prawu nic innego nie pozostaje, jak tylko uznanie, że zabójstwo w podobnych warunkach nie uważa się za winę („*iure caesus esto*”). Stąd jeżeli ustawy XII tablic zabraniają zabójstwa złodzieja dziennego, to z ówczesnego punktu patrzenia jest to już znaczny krok naprzód: prawo, choćby za cenę oddania złodzieja w ręce okradzionego, pragnie ocalić go przynajmniej od natychmiastowej śmierci.

Inaczej przedstawia się sprawa, jeżeli złodziej nie został schwytany i kradzież została ujawniona dopiero później. Uczucie zemsty już nieco zmniejszyło się i poszkodowany zamiast bezpożytecznego dla siebie zabójstwa był skłonny zawrzeć ze złodziejem umowę o wykup. Ustawy XII tablic, opierając się na tej psychologii, zobowiązują do wykupu i określają jego rozmiary jako poena dupli.

Leez władza państwowa nie bierze jeszcze na siebie obowiązku wyszukiwania i karania przestępcy — jest to rzeczą samego poszkodowanego. Wskutek tego poszkodowany winien posiadać niezbędne do tego środki. Jednym z najważniejszych środków do wykrycia złodzieja jest rewizja. Lecz przeprowadzenie rewizji jest związane z wejściem do domu podejrzanego złodzieja, a wiemy, że dom Rzymianina był nietykalny: nawet w celu wezwania do sądu trzeba było wyczekać [na pozwanego przed jego domem, ponieważ wejście do domu wbrew jego woli było niedozwolone. Tem tłumaczy się, że ustawy XII tablic, stanowiąc normy o *furtum*, zawierają także przepisy o rewizji. Przyczem znają dwa rodzaje rewizji.

Pierwsza z nich jest ściśle formalna, posiada nieco dziwną ze współczesnego punktu patrzenia procedurę i nazywa się *quaestio lance et licio*. Według świadectwa Gajusa (III 192) ustawy XII tablic stanowiły, że pragnący dokonać rewizji winien był wejść do domu nagi (*nudus*), mając tylko opaskę dokoła bioder (*licio cinctus*) i trzymając w ręku miskę (*lancem habens*). Późniejsi prawnicy rzymscy starali się wyjaśnić te formalności z punktu ich celowości: trzeba było wejść nagim, aby nie można przynieść w ubraniu i pod-

rzucić jakiegoś przedmiotu, a licio cinctus, aby nie obrazić wstydlivości znajdujących się kobiet; trzymać w rękach lanx — albo w tym celu, aby ręce, wykonywującego rewizję, były zajęte albo aby położyć nań przedmiot w razie znalezienia (Gai. III. 193). Lecz podobne wyjaśnienie nie wytrzymuje krytyki, a nawet cała ta ustawa wydawała się Gajusowi śmieszną („ridicula est”). Prawdopodobnie pochodzenie tej procedury jest inne, mianowicie mamy tu pewien przeżytek z bardzo odległych czasów, tem bardziej, że coś analogicznego spotykamy także w historii innych narodów. Według zdania Iheringa¹, quaestio lance et licio jest echem ogólnoaryjskich czasów, pozostałością praojczyzny, w której zwykle wszyscy chodzili nadzy, mając jedynie opaskę dokoła bioder. Co się tyczy miski, lanx, to, według zdania Iheringa, była ona potrzebna tylko do zewnętrznego wyobrażenia, że idzie o poszukiwanie rzeczy. Prawdopodobniej jednak należy przypuścić, że lanx jest czemś w rodzaju naczynia ofiarnego: wchodzi się do domu i wykonywuje rewizję pod opieką i kierownictwem bóstwa, jako pewną czynność religijną. Ten charakter sakralny rewizji dawał dostęp do domu i usuwał możliwe przeszkody. W każdym razie, jeżeli podczas takiej rewizji rzecz została znaleziona, to właściciel domu odpowiadał jako fur manifestus: prawdopodobnie dlatego, że w najdawniejszych czasach była to ogólna odpowiedzialność za wszelkiego rodzaju kradzież.

Quaestio lance et licio była, zdaje się, jedyną formą rewizji w starożytności. Lecz ustawy XII tablic znają już i rewizję zwykłą ze zmniejszoną odpowiedzialnością². W jaki sposób dokonywała się ta rewizja—nie wiemy; Gajus (III. 186) wspomina tylko, że odbywała się wobec świadków (testibus praesentibus). Jeżeli rzecz została znaleziona, to właściciel domu odpowiadał na potrójną wartość rzeczy — poena tripli—za t. zw. furtum conceptum; lecz jeżeli sam nie ukradł, a tylko otrzymał rzecz od kogoś innego, to

¹ Ihering, *Vorgeschichte der Indoeuropäer*, str. 14 nn.

² Niektórzy zresztą myślą, że ta zwykła rewizja powstała później, niż ustawy XII tablic—patrz *Hitzig* (Pauly-Wissowa) v. *Furtum*.

wówczas przysługiwało mu prawo do zwrotu zapłaconej przez siebie poena tripli od tego ostatniego — *furtum oblatum* (Gai. III. 187).

3) Co się tyczy trzeciego przestępstwa, znanego nieco późniejszemu prawu cywilnemu, mianowicie *damnum iniuria datum* (uszkodzenie lub zniszczenie cudzych rzeczy), to w ustawach XII tablic nie jest ono jasne. Naturalnie niektóre poszczególne rodzaje tego przestępstwa są przewidziane w XII tablicach. I tak powyżej (t. 1 § 7) już wzmiankowaliśmy, że podpalenie pociągało za sobą nawet karę śmierci — *poena capitalis*. Następnie widzieliśmy, że zranienie cudzego niewolnika było uważane za *iniuria* względem jego pana i pociągało karę 150 asów. Odnosi się tu do pewnego stopnia także starodawne przestępstwo — uszkodzenie cudzych zasiewów za pomocą zaklęć (t. I. § 7). Wreszcie wiemy, że ustawy XII tablic ustanowiły specjalną odpowiedzialność za wyrąb cudzych drzew w postaci kary 25 asów za każde wyrąbane drzewo — *actio arborum furtim caesarum* lub *actio de arboribus succisis* (Gai. IV. 11).

Lecz są to tylko poszczególne przepisy. Czy oprócz tego istniała jeszcze jakaś ogólna norma, odnosząca się do *damnum iniuria datum*, jest rzeczą wątpliwą. Według świadectwa *Festusa*, w ustawach XII tablic spotykamy wyrazy „*rupitias*” (= *damnum dedit*) i „*sarcito*” (= *damnum solvito*), lecz w jakim związku — niewiadomo. Na podstawie tych wyrażen niektórzy ze współczesnych uczonych (Huschke, Sell) przypuszczają, że już ustawy XII tablic znały ogólną skargę o uszkodzenie i zniszczenie cudzych rzeczy — *actio de rupitiis sarcieendis*. Lecz podstawy tego twierdzenia są tak słabe, że większość współczesnych historyków odnosi się do niego negatywnie. Prawdopodobnie ustawy XII tablic ograniczały się tylko do pewnych specjalnych rodzajów naszego przestępstwa, tem więcej, że, według zdania Ulpjana (fr. 1. pr. D. 9.2), po XII tablicach były wydawane inne ustawy, zdaje się, także w sposób kazuistyczny, wypełniające luki decemwiralnego kodeksu.

W każdym razie wszystkie te kazuistyczne postanowienia zostały później zastąpione przez ogólną ustawę o odpowiedzial-

ności za *damnum* — *lex Aquilia*, ustawę, która stała się w następstwie podstawą dalszego rozwoju prawa w tej dziedzinie.

§ 19. ZOBOWIĄZANIA Z UMÓW.

Dla społeczeństwa pierwotnego zupełnie obce było pojęcie, że każda umowa już sama przez się tworzy zobowiązanie pomiędzy stronami. Rzecz naturalna, że już życie pierwotne zna pewne stosunki pomiędzy ludźmi: istnieje zamiana, a nawet kredyt; lecz wszystkie te stosunki nie posiadają jeszcze charakteru zobowiązań w znaczeniu prawnym. Oszustwo przy zamianie, niedotrzymanie słowa i t. p. wywołują taką samą reakcję psychologiczną ze strony osoby pokrzywdzonej, jak każda inna zniewaga i sprowadzają te same skutki, mianowicie odwet. Czasy starożytne nie znają zupełnie różnicy pomiędzy przestępstwem karnym, a naruszeniem prawa cywilnem, pomiędzy przestępstwem, a niewykonaniem umowy. Tem tłumaczy się, że nawet później, kiedy niektóre rodzaje umów zostały już uznane, skutki niewykonania ich w znacznym stopniu posiadają jeszcze cechy pierwotnego odwetu: wykonanie jest skierowane na samą osobę dłużnika, przyczem w pewnych warunkach daje wierzycielowi nawet prawo zabicia tego ostatniego.

Lecz, rozumie się, możliwość odwetu nie zawsze jest w stanie zadowolnić wierzyciela; zawierając jakąś umowę, wierzyciel już zawczasu stara się wynaleźć pewne dodatkowe sposoby, zabezpieczające wykonanie przyjętego przez dłużnika obowiązku. Takim dość rozpowszechnionym w starożytności środkiem była instytucja zakładnictwa: jedna osoba daje zamiast siebie poręczyciela, który będzie zakładnikiem wierzyciela, dopóki zobowiązanie nie będzie wykonane. Myśl podobnego zakładnictwa bezwątpienia przyświecała również twórcom starorzymskiej instytucji *praedes et vades*. Według zdania Lenela¹, instytucja ta była nawet w historii prawa rzymskiego (podobnie jak i germańskiego) najstarszym rodzajem zobowiązania, poprzednikiem wszystkich innych, można powiedzieć pomostem pomiędzy zobowiązaniami z przestępstw, a zobowiązaniami z umów. Jeżeli przestępca nie mógł natych-

¹ Das *Nexum* w Zeitschr. d. Sav.—St. für Rg. Bd. 23. 19. 2.

miast skutecznie wykupu, to winien był dać zamiast siebie poręczyciela, *vas*, który w tejże chwili dostawał się pod władzę wierzyciela i który w razie nieuiszczenia wykupu stawał się przedmiotem zemsty. Jednak dokładniejszych wiadomości co do owych *vades* nie mamy¹.

Drugim bardzo silnym pomocniczym środkiem do zabezpieczenia wykonania przez dłużnika swego przyrzeczenia było ubranie tego przyrzeczenia w formę przysięgi; dzięki temu umowa zyskiwała ochronę religij i otrzymywała sankcję sakralną, a wiemy, że w czasach starożytnych prawo sakralne często przewyższało prawo świeckie.

Powoli pewne rodzaje umów zostały uznane i przez prawo świeckie: władza państwowa zaczyna regulować ich skutki, a przez to nadawać im znaczenie prawne i wprowadzać je do dziedziny stosunków zabezpieczonych. Jeżeli poprzednio na usiłowanie zemsty ze strony wierzyciela, dłużnik mógł odpowiedzieć własną siłą i odeprzeć ją, to obecnie zamiast tego nie zawsze pewnego środka powstaje dochodzenie zabezpieczone przez państwo. Wprawdzie dochodzenie to pierwotnie, jak wiadomo, nie jest niczem innem jak pomocą własną, lecz ta pomoc własna odbywa się już pod kontrolą władzy państwowej, która zabezpiecza wierzyciela przed sprzeciwem ze strony dłużnika, a dłużnika przed ekscesami ze strony wierzyciela.

Lecz liczba tych uznanych przez prawo umów początkowo była niewielka, a przytem nie umowa sama przez się posiadała znaczenie, lecz forma, w której umowa winna koniecznie wyrazić się. Ścisła formalistyka była kolebką pierwszych umów: forma nadawała słabej w tych czasach treści umowy istnienie prawne.

Najstarszym bezwątpienia był akt prawny zamiany: zamiana rzeczy na rzecz, później — rzeczy na pieniądze. Lecz zamiana ta odbywała się drogą bezpośredniego wręczenia rzeczy z rąk do rąk i nie stwarzała żadnych zobowiązań pomiędzy stronami: nie było żadnych zobowiązań przed wręczeniem — zwykłe przyrzeczenie zamiany nie posiadało jeszcze charakteru zobowiązaniowego; nie było żad-

¹ O zakładnictwie i poręce przy umowach międzynarodowych — patrz *Taübler, Imperium romanum*, I, 1913, str. 400 nn.

nych zobowiązań przed wręczeniem—zwykłe przyrzeczenie zamiany nie posiadało jeszcze charakteru zobowiązaniowego; nie było żadnych zobowiązań i po wręczeniu, gdyż z chwilą dokonania wręczenia kończyły się wszelkie stosunki pomiędzy stronami. Pierwiastek zobowiązaniowy zamiany w całości był pochłonięty przez rzeczowo-prawny akt wręczenia rzeczy.

Taką samą była w starożytności również znana nam *mancipatio*. W istocie swej początkowo była równoczesnem wręczeniem rzeczy i kruszcu i dopiero wprowadzenie bitej monety nieco zmieniło jej znaczenie. Lecz także w ustawie XII tablic wszelkie kupno-sprzedaż polega na *mancipatio*: przed jej zawarciem nie było żadnego zobowiązania pomiędzy stronami; po jej zawarciu istniała dla sprzedawcy tylko odpowiedzialność za *auctoritas*, lecz ta odpowiedzialność — *in duplum* — opierała się nie na idei umowy, lecz przestępstwa, jako rodzaj *furtum nec manifestum*.

Widzieliśmy wyżej, że już w epoce ustawy XII tablic (albo nieco później) *mancipatio* mogła być użyta również w celach *fiducia*: rzecz przechodziła na własność drugiej osoby, lecz z obowiązkiem zwrotu jej *mancypantowi* w razie ziszczenia się pewnych warunków (*pactum fiduciae*). Wskutek tego mancypacja fiducyjna stała się środkiem do uskuteczniania najrozmaitszych czynności prawnych: ustanowienia rzeczowego zabezpieczenia (*fiducia cum creditore*), oddania rzeczy na przechowanie (*fiducia cum amico*), prawdopodobnie najmu, pożyczki i t. p. Cała masa późniejszych stosunków zobowiązaniowych miała swój początek w *pacta fiduciae*, bowiem nakładały one na otrzymującego rzeczy pewne obowiązki. Lecz wiemy, że niespełnienie tych obowiązków nie sprowadzało jeszcze żadnej prawnej, zaskarżalnej odpowiedzialności: przez naruszenie *fides* otrzymujący rzecz stawał się tylko *infamis*. W ten sposób zobowiązań w ścisłym tego słowa znaczeniu w związku z dawniejszą *mancipatio* nie znajdujemy.

Lecz już w pierwotnym stanie bytowania występuje pewna potrzeba kredytu, pożyczki. Rozumie się, że najczęściej potrzebie tej zadośćczyniono w formie kredytu rzeczowego: pożyczano pod zastaw rzeczy, t. j. w formie

fiducia. Lecz mogą zachodzić wypadki, kiedy szukający pożyczki nie może pozbyć się rzeczy albo nie ma co zastawić; wtedy powstaje potrzeba kredytu osobistego. Powstaje akt prawny pożyczki osobistej, lecz stosunki, wynikające z tej pożyczki, były zupełnie prześiąknięte surowym charakterem swego czasu.

Dawne prawo rzymskie jeszcze na długi czas przed ustawą XII tablic stworzyło tego rodzaju pożyczkę—*nexum*. W każdym razie XII tablic wspominają o *nexum* wraz z *mancipatio* w jednym wspólnym przepisie: „*Cum nexum faciet mancipiumque, uti lingua nuncupassit, ita ius esto*”.

Forma zawarcia *nexum* jest zupełnie podobna do *mancipatio*. Jest ono także *negotium per aes et libram*, t. j. aktem zawartym w obecności 5 świadków i *libripensa* z wagą. Tu również wszystkie formalności niegdyś miały znaczenie realne: kiedy zamiast pieniędzy istniał kruszec, trzeba było przy pożyczce rzeczywiście odważyć umówioną ilość kruszczu. Z chwilą wprowadzenia monety stało się to tylko czczą formalnością: przyszły wierzyciel brał małą monetę, uderzał nią o wagę i wręczał dłużnikowi zamiast pieniędzy, które wręczano albo wcześniej albo nieco później. Lecz wierzyciel, wykonywując to, wymawiał podobnie jak kupujący przy *mancipatio* pewną formułkę, nadającą aktowi prawnemu charakter pożyczki. Formułka ta dokładnie nie jest nam znana, lecz mniej więcej brzmiała następująco: „*Quod ego tibi mille asses hoc aere aeneaque libra do, eas tu mihi post annum dare damnas esto*”. W każdym razie ostatnie słowa „*damnas esto*” z pewnością znajdowały się.

Jeżeli potem dłużnik w oznaczonym terminie regulował dług, to winien był uczynić to w formie odwrotnego aktu *per aes et libram* (*nexi liberatio*). Wogóle dawne prawo cywilne było pod wpływem zasady t. zw. *contrarius actus*: stosunki prawne mogą być rozwiązane tylko według tej samej formy w jakiej zostały zawarte. Podobnie jak przy *mancipatio* konieczna była *remancipatio*, tak samo przy *nexum* konieczne było ubranie zapłaty w formę *negotium per aes et libram*, gdyż zwykła zapłata nie zwalniała jeszcze dłużnika. Powyższa *liberatio nexi* opisana jest przez Gajusa, przyczem

podaje on formułkę, którą wymawiał dłużnik i która pozwala nam czynić wnioski o formie zawierania nexum. W obecności 5 świadków i libripensa z wagą dłużnik mówił: „Quod ego tibi tot milibus condemnatus sum, me eo nomine a te solvo liberoque hoc aere aeneaque libra. Hanc tibi libram primam postremamque expendo secundum legem publicam”; poczem uderzał monetą o wagę i wręczał ją wierzycielowi (Gai. III. 174).

Jeżeli dłużnik nie uiścił długu, to miały miejsce wszystkie następstwa tej damnatio lub condemnatio, która została wygłoszona nad dłużnikiem w chwili zawarcia nexum. Dłużnik mógł ulec manus iniectio ze wszystkimi jej następstwami, nie wyłączając sprzedaży trans Tiberim i pokrajania w kawałki.

Ta okrutna, podlegająca bezpośredniemu wykonaniu bez żadnego dochodzenia sądowego ze strony wierzyciela, moc prawna nexum już dawno zwróciła na siebie uwagę uczonych i wywołała rozmaite próby jej wyjaśnienia. Pierwszą naukową teorię o nexum dał H us ch k e¹, który przedstawił nexum jako umowę o charakterze publicznym (5 świadków — przedstawicieli 5 klas narodu), czem tłumaczy się jej surowa moc wykonawcza. W następstwie jednak pogląd ten o publicznym charakterze nexum został odrzucony, a badania poszły w innym kierunku. Szczególnie ożywił się spór o istocie nexum w czasach ostatnich po ogłoszeniu przez Mit te i s a² artykułu, który poddaje wątpliwości i krytyce prawie wszystkie argumenty uważane po H us ch k e za niewzruszone. Artykuł ten wywołał bardzo ożywiony spór, w którym wzięły udział prawie wszystkie największe powagi w historii prawa rzymskiego³. Spór ten do dziś dnia nie został jeszcze zakoń-

¹ Ueber das Recht des Nexum und das alte römische Schuldrecht, 1846.

² Ueber das Nexum w Z. der Sav.—St. f. Rg. Bd. XXII, 1901.

³ Por. artykuły *Lenela*, *Mommse*na, *Bekkera* w Zeitschrift der Sav.—St. für Rechtsgeschichte, Bd. XXIII; *Schlossmann*, *Alt r ö m i s c h e s* Schuldrecht und Schuldverfahren, 1904; *Kleineidam*, *Personalexecution der Zwölftafeln*, 1904; *Kretschmar*, Zeitschrift der Sav.—St. f. Rg. Bd. XXIX; *Pflüger*, *Nexum und mancipium*, 1908; *Eisele*, *Studien zur röm. Rechtsgeschichte*, 1912.

czony, chociaż wyjaśniono, że dawne tłumaczenie *nexum* zawiera w sobie znacznie więcej prawdy, niż przypuszczali niektórzy ze szczególnie zagorzałych krytyków.

Podstawową ideą tego nowego poglądu na *nexum* (szczegóły, co do których sami przedstawiciele tego poglądu różnią się pomiędzy sobą, pozostawiamy na uboczu) jest przypuszczenie, że *nexum* nie stanowi samodzielnego zobowiązania *per aes et libram*, że jest to ta sama *mancipatio* lecz tylko w postaci samosprzedaży dłużnika (*Selbstmancipation*, *Selbstverknechtung*). Dłużnik sprzedawał sam siebie wierzycielowi — albo w samym momencie zawarcia pożyczki (na podobieństwo *fiducia* rzeczy — *Schlossmann*) albo później — na wypadek niemożności zapłacenia długu (*Mitteis*). Przytem jedni rozumieją tę samosprzedaż jako sprzedaż samej osoby dłużnika (*Schlossmann*), drudzy zaś tylko jego siły roboczej (*Mitteis*, *Kretschmar*, *Pflüger* i in.).

Lecz ta zasadnicza idea tożsamości *nexum* i *mancipatio*, idea samosprzedaży dłużnika, spotkała się ze stanowczą i przekonyującą odprawą ze strony takich uczonych, jak *Mommsen*, *Bekker*, *Eisele*, *Girard* i in. Nie mówiąc już o całym szeregu sprzeczności tego poglądu ze źródłami historycznymi, wykazano słusznie, że samomancypacja, przy której przedmiot *mancypacji* byłby jednocześnie i jej podmiotem, jest niemożliwa. Sama (dokładnie nam przechowana) formułka *liberatio nexi* świadczy, że *nexum* jest umową zobowiązaniową zupełnie różną od aktu rzeczowego *mancipatio*. Pożyczka w formie *negotium per aes et libram* w tym czasie, kiedy nie było jeszcze monety, jest tak samo naturalna, jak kupno-sprzedaż w formie *mancipatio*.

Co się tyczy surowej mocy wykonawczej *nexum*, to świadczy ona tylko o starożytnem jego pochodzeniu, o tym czasie, kiedy wszelkie urzeczywistnianie prawa przybierało formę pomocy własnej z pewną cechą zemsty. Pożyczka zawarta uroczyście (w obecności *testes solemnes*) w małej społeczności posiadała charakter jawności i bezsporności. W razie nieuiszczenia długu w terminie wierzyciel natychmiast przystępował do urzeczywistnienia *damnatio*, która była ustanowiona na ten wypadek przy zawarciu umowy. *Damnatio*

dotyczyła samej osoby dłużnika, gdyż na podstawie umowy dłużnik wiązywał samego siebie (nexus), przyjmował na siebie odpowiedzialność osobistą (Haftung). W tem znaczeniu nexum zawiera w sobie pierwiastek samozastawu, lecz ten samozastaw wynika nie z aktu samomancypacji, lecz z ogólnej istoty dawnego zobowiązania. Analogiczną moc dawnych zobowiązań spotykamy również w historii innych narodów¹.

Formułka nexum dopuszczała pewne uzupełnienia w celu ściślejszego określenia warunków pożyczki: oznaczenie terminu (post annum, post biennium), procentów („cum foenore unciario”) i t. d. Do tych konkretnych określeń odnosił się właśnie przytoczony wyżej przepis ustaw XII tablic: „Cum nexum faciet mancipiumque, uti lingua nuncupassit, ita ius esto”. Wiadomo zresztą, że ustawy XII tablic ograniczały procenty do pewnej stopy — foenus unciarium ($\frac{1}{12}$ część kapitału rocznie, t. j. $8\frac{1}{3}\%$) i że na lichwiarzy ustanowiły odpowiedzialność in quadruplum.

Potwierdzone, a może i nieco dokładniej unormowane, przez ustawę XII tablic nexum przez długi jeszcze czas istnieje w stosunkach cywilnych. Na szerokie jego zastosowanie wskazują ciągłe skargi plebejuszów, którzy jako biedniejsza klasa ludności bardzo często znajdowali się w położeniu nexi lub obaerati i odczuwali na sobie całą surowość tego rodzaju pożyczki. Bezpośrednia (bez uprzedniej skargi) moc wykonawcza nexum, tak naturalna w dawnych czasach, z chwilą zmiany warunków mogła dawać sposobność do nadużyć. Możliwe były przedewszystkiem na niczem nie oparte pretensje ze strony wierzycieli; odeprzeć manus iniectio sam dłużnik nie mógł, jak wiadomo, a znaleźć vindexa częstokroć nie było rzeczą łatwą. Nadużycia tego rodzaju zostały usunięte przez ustawę lex Vallia, która dozwalała dłużnikowi manum sibi depellere. Lecz pozostała jeszcze inna uciążliwa strona nexum, mianowicie możność zupełnej samowoli w stosunku do dłużnika po dokonaniu manus iniectio. Już sam widok dłużników zakutych w kajdany i wystawionych na rynku na sprzedaż trans Tiberim wzniewał rozruchy narodowe. Jeden

¹ Por. Girard, Manuel, str. 482, note 1.

z takich rozruchów był właśnie, według opowiadania Liwjuza, ostatecznym bodźcem, który spowodował ważną ustawę — *lex Poetelia* w 326 r. Ustawa ta zawierała cały szereg bardzo ważnych postanowień: zabraniała nakładania kajdan na dłużników, z wyjątkiem tych, którzy dostali się w ręce wierzyciela na skutek popełnienia przestępstwa (np. złodziej schwytany na gorącym uczynku); zniosła zupełnie prawo zabijania i sprzedawania *trans Tiberim* i wreszcie pozbawiła *nexum* dawnej mocy wykonawczej: odtąd wierzyciel winien był uprzednio dowieść swej pretensji wobec sądu i otrzymać wyrok sądowy — *iudicatum*. Ten ostatni warunek podurwał znaczenie *nexum* i gdy w tymże czasie powstały inne formy, które można było stosować do pożyczki (*stipulatio*, a potem nieformalne *mutuum*), to *nexum* zaczęło stopniowo wychodzić z użycia i poszło w zapomnienie.

Nexum było jedyną formą znaną ustawie XII tablic, która stanowiła zobowiązanie w ścisłym tego słowa znaczeniu. Oprócz przestępstw i *nexum* ustawy XII tablic znały już tylko jedno źródło zobowiązania, mianowicie *legata* czyli zapisy testamentowe. Przytem testator mógł albo ustanowić bezpośrednią własność w stosunku do rzeczy, która została zapisana (w tym wypadku zapisobiorca, *legatarius*, otrzymywał odrazu *rei vindicatio* odnośnie do zapisanej rzeczy — *legatum per vindicationem*) albo mógł nałożyć na dziedzica obowiązek wydania rzeczy lub zapłacenia pewnej kwoty. W tym wypadku nałożenie obowiązku wyrażało się także w formie „*damnas esto*” („*heres meus L. Titio centum dare damnas esto*” — *legatum per damnationem*) i sprowadzało wszystkie następstwa *damnatio*, t. j. bezpośrednią *manus iniectio*.

Widzimy więc, że brak form zobowiązaniowych i nadzwyczajna surowość ściągania długu stanowią charakterystyczne cechy dawnego prawa rzymskiego; zobowiązanie jest zupełnym podporządkowaniem osoby dłużnika wierzycielowi, które mogło pociągnąć za sobą nawet całkowite zniweczenie osobowości prawnej dłużnika przez niewolę *trans Tiberim*. Dopiero *lex Poetelia* stanowi pod tem względem stanowczy przełom.

II. SYSTEM ZOBOWIĄZAŃ PRAWA PÓŹNIEJSZEGO.

§ 20. OGÓLNY PRZEBIEG JEGO POWSTANIA.

Prosty i ściśle formalny system dawnego prawa cywilnego musiał stać się niewystarczającym, gdy około drugiej połowy rzeczypospolitej życie ekonomiczne Rzymu pod wpływem rozwijającego się handlu zaczęło ulegać istotnym zmianom. Nowe warunki ekonomiczne wytworzyły takie stosunki, które najzdolniejsi nawet tłumacze prawa nie mogli pomieścić w ramach *mancipatio* i *nexum*. Niezbędne były nowe formy, któreby posiadały cechę łatwości w zastosowaniu i któreby mogły zadośćuczynić nowym stosunkom. Formy te zaczynają stopniowo powstawać jedna po drugiej. Dziś trudno jest zbadać dokładnie czas powstania każdego z tych nowych zobowiązań; jedynie ogólny przebieg rozwoju i to tylko w najogólniejszych ry-sach możemy dziś odtworzyć.

Pierwszym bardzo ważnym momentem w dziedzinie udoskonalenia prawa cywilnego jest powstanie formy *sponsio* lub *stipulatio*. Trudno jest określić czas jej powstania; w każdym razie nie ulega wątpliwości, iż ustawy XII tablic wcale o niej nie wspominają. Z drugiej jednak strony posiadamy zupełnie pewny dowód, że już istniała podczas wydania *lex Aquilia*, w 287 r. przed Chr., w której wspomina się o jednej ze złożonych form *stipulatio* (*adstipulatio*); w tym czasie jest ona już znanem zwykłym zjawiskiem. Dzięki swej ode-rwanej i łatwej do zastosowania formie *stipulatio* wkrótce po swoim powstaniu została zastosowana do najrozmaitszych wypadków. Wiemy już, jak szerokie zastosowanie znalazła nawet w procesie (postępowanie *per sponsionem*, *sponsio* przy postępowaniu *interdyktalnym* i t. p.). Co do swego charakteru *stipulatio* jest jakby łącznikiem pomiędzy dawnym prawem cywilnym, a nowym, z jednej bowiem strony jest jeszcze aktem formalnym, podobnie jak *nexum*, z drugiej zaś forma jej polega na zwykłym abstrakcyjnym przyrzeczeniu dłużnika, co nadaje jej zupełnie nowe nieznane dawnemu prawu cechy.

Drugim jeszcze ważniejszym momentem jest powstanie procesu formułkowego. Jak wiadomo, powstanie postępowania *per formulas* dało pretorowi do rąk bardzo dogodny

sposób nadawania wszelkim stosunkom znaczenia prawnego przez zaopatrzenie ich w formuła *in factum concepta*. Jak później zobaczymy, pretor w szerokim zakresie korzystał z tego prawa i w ten właśnie sposób cały szereg zobowiązań otrzymał swoje uznanie. Już zaznaczyliśmy, że jednym z pierwszych sposobów użytych przez pretora w tym kierunku było ustanowienie skargi opartej na *pactum fiduciae—actio fiduciae*, dzięki czemu niezaskarżalne dotychczas przyrzeczenia przy *mancipatio* otrzymały całkowitą moc zobowiązaniową. Początkowo pretor brał pod swoją opiekę tylko instytucje dawnego prawa cywilnego, lecz później zaczął tworzyć zobowiązania zupełnie temu prawu nieznane.

Przy końcu rzeczypospolitej, zdaje się, cały system nowych stosunków zobowiązaniowych był już w głównych zasadach opracowany, wobec czego klasycznej jureksprudenccji pozostało już tylko wykończenie dzieła przez szczegółowe rozwinięcie tych zasad.

W ogromnej pracy przebudowy systemu zobowiązaniowego wzięły udział wszystkie prawotwórcze czynniki rzymskie. Wśród nieprzebranej masy ustawodawstwa republikańskiego mamy niemało ustaw, *leges*, nieraz bardzo ważnych, odnoszących się do prawa cywilnego (*lex Aquilia*, ustawy o poręce i t. d.). O wpływie pretora i jureksprudenccji dopiero co wzmiankowaliśmy. Lecz bardzo ważną rolę odegrali w tej dziedzinie i sami bezpośredni współuczestnicy obrotu cywilnego. Oni wskazywali często kroć ścieżki, po których następnie kroczył pretor lub ustawodawstwo. W ich stosunkach życiowych powstaje prawo *z wy cz a j o w e*, które w następstwie pod postacią *bona fides* staje się rzeczywistą normą prawną. Można nawet powiedzieć, że wszystkie późniejsze *negotia bonae fidei*, jeżeli nie wyłącznie, to w znacznym stopniu, są wytwórem tego właśnie stopniowo tworzącego się prawa zwyczajowego.

Co się tyczy wewnętrznej strony dokonanej ewolucji, to można ją sprowadzić do następujących zasadniczych rysów.

a) Osłabienie formalizmu. Podczas gdy dawne prawo cywilne znało jedynie akty formalne, nowy system obok nich uznaje już całe mnóstwo umów nieformalnych (kontrakty

realne i konsensualne). Równocześnie można zauważyć osłabienie formalizmu i w innym kierunku. W dawnym prawie forma zupełnie przysłaniała rzeczywistą wolę; akt zawarty pod wpływem [błędu lub przymusu był mimo to ważny: tego co się powiedziało nie można było unieważnić nawet zapomocą najoczywistszego dowodu niezgodności z wewnętrzną, rzeczywistą wolą. Nowy system zobowiązań im dalej tem więcej zwraca uwagę na tę wolę wewnętrzną; uznaje ją, a nie zewnętrzne jej wyrażenie, za rzeczywistą moc twórczą wszelkiego aktu prawnego. Wskutek tego pretor dopuszcza możliwość zaskarżenia aktu prawnego zawartego pod wpływem istotnego błędu, oszustwa, przymusu (*restitutio in integrum, exceptio i t. d.*).

b) Wystąpienie na plan pierwszy strony majątkowej przy zobowiązaniu. Jak już wskazaliśmy, początkowo zobowiązanie tworzyło tylko odpowiedzialność osobistą dłużnika, czynnik majątkowy przy tej odpowiedzialności (*Haftung*) nie odgrywał ważniejszej roli. Gdy osoba, która skrzywdziła kogoś na ciele podlegała prawu odwetu, gdy złodziej schwytany na gorącym uczynku, albo *nexus*, który nie zapłacił pożyczonej kwoty, oddawani byli w ręce wierzyciela, to prawo pierwotne, ustanawiając te normy, miało na względzie nie tyle wynagrodzenie szkody majątkowej, ile raczej urzeczywistnienie myśli zobowiązania, jako pewnego podporządkowania osobistego dłużnika wierzycielowi. Stąd też wykonanie zobowiązania było skierowane na osobę, a nie na jej majątek. Wiemy już, że *lex Poetelia* w znacznym stopniu zmniejszyła tę odpowiedzialność osobistą; dalsze reformy w dziedzinie postępowania wykonawczego (*lex Iulia de cessione bonorum*, pretorska egzekucja rzeczowa) ostatecznie uwalniają dłużnika od odpowiedzialności osobistej, przenosząc egzekucję na majątek. Jednocześnie w procesie formułkowym powstaje zasada *condemnatio pecuniaria*, a w związku z tem wytwarza się pojęcie, że prawdziwe, dające się realnie urzeczywistnić, zobowiązanie możliwe jest tylko wówczas, gdy treść jego da się zamienić na kwotę pieniężną, czyli gdy posiada wartość majątkową. Stąd też klasyczni prawnicy głoszą: „*Ea enim in obligatione consistere, quae pecunia lui praestarique possunt*” (fr. 9. 2. D. 40. 8). W ten

sposób zobowiązanie zamienia się na pewne szczególne prawo do majątku dłużnika; czynnik majątkowy przy zobowiązaniu otrzymuje nie tylko samodzielne, lecz nawet dominujące znaczenie.

c) Zasadnicze uznanie tylko pewnych typów zobowiązań. Rozwój nowego systemu zobowiązaniowego nie odbywa się drogą uznania ogólnej zasady, że wszelka umowa nie sprzeciwiająca się prawu posiada moc prawną; zasada „*pacta sunt servanda*”, wygłoszona przez naturalno-prawną doktrynę i wprowadzona w życie przez nowsze ustawodawstwa, dla prawa rzymskiego do samego końca była obca. Postępując drogą codziennych potrzeb życiowych, prawo rzymskie rozwijało swój system stosunków zobowiązaniowych przez stopniowe uznawanie poszczególnych rodzajów zobowiązań. Powoli liczba tych uznanych przez prawo typów stała się tak wielka, że prawie wszystkie potrzeby życiowe mogły przy ich pomocy być urzeczywistniane. Mimo to, aby umowa mogła posiadać moc prawną, niezbędne było nie tylko udowodnienie faktu zawarcia jej pomiędzy stronami, lecz także wskazanie pewnego znanego prawa typu, pod który ona podpadała. Wskutek tego jednym z najczęstszych zagadnień, zajmujących prawników przy badaniu jakiegoś konkretnego wypadku, było pytanie, jaką należy zastosować skargę (*qua actione?*). Na tem polegał zasadniczy w prawie rzymskiem podział umów na *contractus* i *pacta*: *contractus* były to uznane przez prawo typowe umowy; *pacta* to umowy nie podpadające pod żaden typ i wskutek tego nie posiadające mocy prawnej: „*Nuda pactio obligationem non parit*” (fr. 7. 4. D. 2. 14).

Już klasyczni prawnicy rzymscy starali się sprowadzić wszystkie znane sobie zobowiązania do pewnego systemu. Najbardziej rzucało się w oczy powstanie zobowiązań albo z umów albo z naruszeń prawa, co Gajus w swych Instytucjach (III. 88) w ten sposób ujmuje: „*Omnis enim obligatio vel ex contractu nascitur vel ex delicto*”. Lecz nieco głębsze wniknięcie w rzecz winno być wykazać, że podział ten nie obejmuje wszystkich zobowiązań i dlatego już sam Gajus w innym dziele swoim (w II księdze *Aureorum*) dodaje do dwóch poprzednich kategorii trzecią— „*aut proprio*

quodam iure ex variis causarum figuris" (fr. 1. pr. D. 44. 7). Nieco dalej (w III księdze) w temże dziele Gajus dzieli te „variae causarum figurae" na dwie grupy—quasi ex contractu i quasi ex maleficio (fr. 5 D. 44. 7), a w Instytucjach Justynjana (§ 2. In. 3. 13) mamy już podział na cztery kategorie (quattuor species): „aut enim ex contractu sunt aut quasi ex contractu aut ex maleficio aut quasi ex maleficio"¹.

Obligationes ex contractu z kolei rzeczy dzieliły się na 4 rodzaje: „Harum autem quattuor genera sunt, powiada Gajus (III. 89), aut enim re contrahitur obligatio aut verbis aut litteris aut consensu". Za podstawę tego podziału służy różnica w samym zobowiązaniowym momencie. Zobowiązania, których moc prawna wypływa już z samej zgody (consensus), nazywają się kontraktami konsensualnemi. Zobowiązania, których moc prawna powstaje nie z samej zgody, lecz z dokonanego na podstawie zgody wręczenia rzeczy (res) przez jednego kontrahenta drugiemu, nazywają się kontraktami realnemi. Zobowiązania, opierające swoją moc prawną na pewnej formułce słownej (verbis), nazywają się kontraktami słownemi i wreszcie zobowiązania zawarte w pewnej formie pisemnej (litteris) nazywają się kontraktami literalnemi. Wszelkie inne umowy nie są już contractus, lecz pacta i jako takie zasadniczo mocy zaskarżalności nie posiadają (mogą być tylko podstawą dla exceptio). Niektóre jednak pacta z biegiem czasu uzyskiwały także zaskarżalność i wskutek tego w przeciwstawieniu do zwykłych niezaskarżalnych (pacta nuda) otrzymały nazwę pacta vestita.

System zobowiązań, posiadających zaskarżalność, musi być uzupełniony przez t. zw. obligationes naturales. Już powyżej (w nauce o stanowisku prawnem niewolników) spotykaliśmy wypadki, w których wierzyciel nie posiadał skargi, mimo że istnienie długu, debitum, było uznane, wskutek czego, jeżeli dłużnik zapłacił dobrowolnie, to nie mógł żądać zwrotu tego,

¹ W ostatnich jednak czasach liczni uczeni uważają powyższą systematykę zobowiązań z podziałem na trzy lub cztery kategorie nie za wytwór epoki klasycznej, lecz dopiero kompilacji Justynjańskiej (por. Mayr, Röm. Rechtsgeschichte, II, 2, str. 7; Kühlenbeck, Die Entwicklungsgeschichte des röm. Rechts, II, 1913, str. 282).

jako rzeczy nienależnie świadczonej. Z biegiem czasu wypadki podobnego długu niezaskarżalnego zostały uznane i poza niewolnikami, a prawnicy rzymscy nadali tej formie prawnej nazwę obligatio naturalis.

Tak przedstawia się system rzymski zobowiązań. Teoretycznie nie jest on bez zarzutu. Sprowadzić bowiem całą różnorodność zobowiązań, poza powstającymi z umów i przestępstw („variae causarum figurae”), do kategorii quasi-contractus i quasi-delicta, nie mówiąc już o całkowitej sztuczności tych kategorii, jest rzeczą niemożliwą. Najbardziej jednak charakterystycznym niedomaganiem tego systemu jest zupełny brak w nim zobowiązań, wypływających z jednostronnych przyrzeczeń, jak np. z publicznego przyrzeczenia nagrody za pewien czyn (za znalezienie zagubionej rzeczy i t. p.). Luka ta tłumaczy się tem, że prawo rzymskie takim jednostronnym przyrzeczeniom zasadniczo nie przyznawało mocy prawnej. Były tylko dwa wyjątki od tej zasady: a) votum—ślub uczyniony bóstwu i b) pollicitatio — przyrzeczenie uczynione na korzyść gminy miejskiej; lecz obydwa te wypadki mają charakter specjalny i nie rozciągają się na stosunki pomiędzy osobami prywatnymi. Rzecz naturalna, że prawnicy rzymscy, tworząc swój system, nie brali ich w rachubę.

Opracowany przez prawo klasyczne system zobowiązań pozostaje nim również w prawie poklasycznym i zostaje przyjęty przez Corpus Iuris Civilis. Naturalnie w czasach późniejszych w poszczególnych częściach uległ on pewnym zmianom, lecz zmiany te nie przekształciły jego ducha ani podstawowych zasad. Do liczby najbardziej istotnych zmian mogą być zaliczone następujące. Klasyczne kontrakty literalne wyszły z użycia, lecz wzamian za to spotęgowało się znaczenie prawne dokumentów pisemnych wydawanych jako dowód zobowiązań słownych i in. (t. zw. cautiones). Stipulatio w znacznym stopniu straciła swój pierwotny charakter abstrakcyjny. Nadto zostały uznane niektóre nowe typy umów (pactum donationis). Wreszcie ogólny upadek ekonomiczny powołał do życia szereg środków, posiadających charakter nieudanej opieki państwowej w interesie „miseri debitores”. Należą do nich ustawy o procentach, zakaz procentów od procentów (anatocismus), ogra-

niczenia przy oszacowaniu szkód (non ultra duplum), ustawa o laesio enormis, ograniczenia przy przenoszeniu wierzytelności (lex Anastasiana) i inne. Wiele z tych poklasycznych zmian były nie ulepszeniem, lecz raczej pogorszeniem systemu klasycznego.

A. ZOBOWIĄZANIA Z UMÓW.

§ 21. 1. KONTRAKTY SŁOWNE.

Kontraktami słownymi, jak już poprzednio powiedzieliśmy, nazywają się umowy, których moc prawna polega na wygłoszeniu pewnej formułki słownej (verbis contrahitur). Do tej grupy kontraktów należą trzy umowy: sponsio lub stipulatio, iurata operarum promissio i dotis dictio. Dwie ostatnie umowy (przyrzeczenie uczynione pod przysięgą przez wyzwolenca podczas wyzwalań na korzyść patrona i ustanowienie posagu) nie posiadały szczególnego znaczenia, stipulatio natomiast w całym systemie zobowiązań rzymskich zajmuje miejsce pierwszorzędne.

Pochodzenie jej nazwy było niejasne już dla samych prawników rzymskich. „Sponsio” wyprowadza się już to od tego, że dłużnik sam „sua sponte promisit”, już to od słowa greckiego „σπονδαί” — ofiara z wina, a później zgoda, umowa. „Stipulatio” — już to od słowa „stips” moneta, już to od „stipulum” = firmum, lub wreszcie od wyrazu „stipula” = festuca = vindicta. Z tej nazwy niejasnej dla samych Rzymian możemy wyprowadzić wniosek, że umowa ta pochodzi z czasów bardzo dawnych. Wyżej jednak już wzmiankowaliśmy, że czasu jej powstania nie można odnieść do epoki ustawy XII tablic. Gdyby nawet sponsio w tym czasie już istniała, to w każdym razie nie posiadała jeszcze charakteru prawnego. Istnieje jednak już na długi czas przed powstaniem procesu formułkowego; stąd też czas jej powstania należy odnieść do pierwszej połowy rzeczypospolitej.

Sponsio lub stipulatio zawiera się w formie ustnego pytania wierzyciela i odpowiedzi dłużnika, np.: „Centum mihi dari spondes?” — „Spondeo”; „Domum mihi aedificare promittis?” — „Promitto” (Gai. III. 92 i nast.). Przyczem wyrażenie „Spondes-spondeo” używa

się tylko w stosunkach pomiędzy *cives romani* i wówczas umowa nazywa się *sponsio*. Z peregrynami umowa ta może być zawarta i zapomocą innych wyrażen (promittis-promitto, dabis-dabo, facies-faciam), a nawet nie w łacińskim języku (np. po grecku: ὀφείλεις-δόςω) i wówczas umowa nazywa się *stipulatio*. Lecz później znikła wszelka różnica pomiędzy *sponsio* i *stipulatio*.

W jaki sposób ta forma umowy powstała w Rzymie — do dziś pozostaje kwestją sporną i wywołuje najrozmaitsze hipotezy¹. Savigny wygłosił przypuszczenie, że *stipulatio* powstała z *nexum* drogą osłabienia rytuału, a wzmocnienia pierwiastka słownego; lecz przypuszczenie to nie znalazło wśród innych uznania: *nexum* i *stipulatio* przez pewien czas istniały równocześnie. M. Voigt uważa, że *stipulatio* została zapożyczona ze zwyczajów rzymskich, a Girtanner stara się wyjaśnić *sponsio* zapomocą analogii z *rogatio* ustawy wobec zgromadzenia narodowego (również pytanie i odpowiedź). Jednak najbardziej rozpowszechniona jest hipoteza o sakralnem jej pochodzeniu (wypowiedziana po raz pierwszy przez Huschke, a następnie dokładniej uzasadniona przez Danza): *sponsio* pierwotnie była przysięgą, zapomocą której potwierdzano przyrzeczenie; wtedy *sponsio* posiadała obronę jedynie sakralną. Powoli jednak, ze stopniowym upadkiem autorytetu sakralnego, punkt ciężkości coraz bardziej przechodził na pierwiastek słowny przysięgi, a samą przysięgę opuszczano. Jednocześnie z tem prawo świeckie wzięło *sponsio* pod swoją opiekę. W czasach najnowszych kwestja pochodzenia *stipulatio* znowu odżyła dzięki Mitteisowi, który podniósł na nowo także sprawę *nexum*. Według jego zdania *sponsio* powstała z poręki, z instytucji *vades*. *Vadimonium* ustanawiano także w formie pytania i odpowiedzi, przyczem poręczyciel w czasach wcześniejszych nazywał się *sponsor*; później dozwolono samemu dłużnikowi być, że tak powiem, swym własnym poręczycielem i wówczas to powstała *sponsio*, którą później spotykamy.

¹ Patrz literatura w artykule Mitteisa „Ueber die Herkunft der Stipulation“ w zbiorze „Aus römischem und bürgerlichem Recht“ ku uczczenia E. J. Bekkera, 1907.

Mimo jasności wywodów trudno jednak zgodzić się na tę hipotezę: w jaki sposób ustanawiano w starożytności *vadimonium*, pewnych danych nie posiadamy, a także sam związek *sponsio* z *vadimonium*, jako ze swem wyłącznem źródłem, nie jest dowiedziony. Z drugiej strony zwyczaj wzmacniania przyrzeczenia zapomocą przysięgi w starożytności istniał niewątpliwie, przyczem, według świadectwa starożytnych, te przyrzeczenia potwierdzone przysięgą nazywano właśnie *sponsio* (patrz *Festus* v. *spondere*). Wobec takich warunków najbar-dziej naturalne jest przypuszczenie, że *sponsio* powstała z tych dawnych potwierdzonych przez przysięgę przyrzeczeń (*Girard, Huvelin* i in.).

Zrzuciwszy z siebie szatę sakralną, *sponsio* z racji swej prostoty stała się dogodną formą także dla obrotu peregrynów i w ten sposób obok formy cywilnej *sponsio* powstała forma *iuris gentium stipulatio*. Możliwą jest nawet rzeczą, że forma ta powstała samoistnie w obrocie peregryńskim (mniej więcej w ten sam sposób) i pod tym właśnie względem zawiera się część prawdy w wywodach Voigta.

Na podstawie *stipulatio* powstaje zobowiązanie ściśle jednostronne: wierzyciel jest tylko wierzycielem, a dłużnik tylko dłużnikiem. Tu zachodzi podobieństwo pomiędzy *stipulatio*, a zobowiązaniami dawnego prawa cywilnego (*nexum*, zobowiązanie z *legatum*). Następnie zobowiązanie to jest stricti iuris: wierzyciel może żądać tylko tego, co przyrzekł, bez żadnych dodatków; nie może żądać ani strat wynikłych z niewykonania zobowiązania ani procentów. Z drugiej strony zobowiązanie *stypulacyjne* jest zobowiązaniem abstrakcyjnem: powstaje tylko dlatego, że na pytanie wierzyciela dłużnik odpowiedział „*spondeo*”. A dlaczego dał taką odpowiedź, dla *stipulatio* jest to obojętne, stąd też wierzyciel lub dłużnik nie mają prawa powoływać się na stosunki, które spowodowały *stipulatio*, na t. zw. *causa*.

Chociaż *stipulatio* posiada pewne cechy właściwe zobowiązaniom dawnego prawa, należy jednak do prawa późniejszego, a to głównie dzięki temu, że nie posiada już bezpośredniej mocy wykonawczej. W razie niespełnienia zobowiązania wierzyciel nie może bezpośrednio przy-

stąpić do manus iniectio, lecz musi przedtem wytoczyć skargę i otrzymać pomyślny dla siebie wyrok. Taką skargą najpierw prawdopodobnie była legis actio sacramento in personam, lecz później forma ta zamieniona została na legis actio per condictionem. Według świadectwa Gajusa stało się to na mocy dwóch ustaw: lex Silia dla wypadku, w którym przedmiotem umowy była pewna określona kwota pieniężna (de certa pecunia; prawdopodobnie był to wogóle najdawniejszy wypadek sponsio) i lex Calpurnia dla skarg de alia certa re, o wszelką inną rzecz określoną („servum Stichum dare spondes? spondeo”). Zdaje się, że najpóźniej została uznana sponsio dla czynności o nieokreślonej uprzednio wartości („domum aedificare”). Z chwilą przejścia do procesu formułkowego skarga stypulacyjna była urzeczywistniana zapomocą formułki stricti iuris, przyczem skarga ta nosiła nazwę conditio certae pecuniae, jeżeli sprawa szła o pewną określoną kwotę pieniężną, a conditio triticaria, jeżeli szło de alia certa re (triticaria od wyrazu triticum, zboże — najczęstszy przedmiot stipulatio o określonej rzeczy: „Centum modios tritici dare spondes? — spondeo”), lub wreszcie actio ex stipulatu, jeżeli przedmiotem stypulacji była jakaś inna czynność.

Dzięki nadzwyczajnej prostocie i giętkości swej formy stipulatio wkrótce weszła w powszechne użycie: wszelka bowiem treść mogła być ubrana w formę pytania i odpowiedzi. Jednocześnie forma ta niezmiernie ułatwiała dowodzenie długu przy procesie: dla uzasadnienia skargi wystarczało wprost tylko udowodnić fakt zawarcia stypulacji. Stąd też stipulatio zachowała pierwszorzędne miejsce w systemie kontraktowym nawet wówczas, gdy otrzymały prawo obywatelstwa wszystkie inne kontrakty — konsensualne, realne i t. d. W wielu wypadkach posiadała ona zalety wprost nie dające się zastąpić (rodzaj współczesnego wekslu). Dzięki tym zaletom i inne zobowiązania (np. dług z kupna-sprzedaży) przekształcano na zobowiązanie stypulacyjne (novatio); zupełnie tak samo jak w czasach dzisiejszych ubierają je w formę wekslu. I pod tym względem stypulację można nawet określić jako weksel ustny.

Lecz przez przystosowywanie się w ciągu długiego czasu do warunków życia, *stipulatio* nie mogła pozostać bez pewnych, a przytem dość istotnych zmian.

a) Przedewszystkiem z biegiem czasu widzimy pewne zmniejszenie znaczenia formy ustnej *stipulacji*. Zwykle dawniejsze wyrażenia: *spondes — spondeo*, *promittis — promitto* i t. d. przestają być uważane jako konieczność prawna. Ulpjan już uznaje za ważną *stipulatio*, przy której na pytanie „*dabis?*” dłużnik odpowiada „*quidni?*”, co znaczy „dlaczegoby nie” (fr. 1. 2. D. 45. 1.). Nie uznaje tylko odpowiedzi zapomocą kiwnięcia głowy. Cesarz Leon w konstytucji z 472 r. uznał za *stipulationes* wszelkie umowy słowne niezależnie od słów, w których zostały zawarte (c. 10. C. 8. 37: „*quibuscumque verbis*”). Wszystko to oczywiście ułatwiałoby zawarcie *stipulacji*, lecz jednocześnie zacierało różnicę pomiędzy nią, a kontraktami konsensualnemi, a nawet *pacta nuda*.

Do tego dołącza się okoliczność innego rodzaju. Już bardzo wcześnie, w celu jeszcze większego ułatwienia dowodzenia *stipulacji*, zaczęto po jej ustnem zawarciu sporządzać dokument pisemny o tem co zaszło, t. zw. *cautio*, np.: „*Titius scripsi me accepisse a Publio Maevio quindecim mutua, et haec quindecim proba recte dari calendis futuris stipulatus est P. Maevius, spopondi ego L. Titius*”. Taki pisemny dokument samoistnej mocy zobowiązaniowej nie posiadał: dłużnik mógł dowieść, że mimo to ustnej *stipulatio* nie było i dlatego nie jest zobowiązany. Z biegiem jednak czasu powstaje już domniemanie na korzyść prawdziwości dokumentu („*Quod si scriptum fuerit instrumento promisisse aliquem, perinde habetur, atque si interrogatione praecedente responsum sit*” — Pauli sent. 5. 7. 2), przyczem domniemanie to zdobywa stopniowo coraz bardziej niezbitą siłę, tak że w razie istnienia dokumentu pisemnego niezawarcia ustnej *stipulatio* można było dowieść tylko przez ustalenie faktu, że w tym dniu wierzyciel i dłużnik nie znajdowali się w jednym mieście (c. 14. 2. C. 8. 37). Wskutek tego główna uwaga przechodzi na *cautio* pisemną, a ustna *stipulatio* najczęściej wcale nie bywa zawierana, dzięki czemu w tych wy-

padkach stipulatio otrzymuje charakter jakby kontraktu literalnego. Lecz przymusowej mocy dowodu nie należy mieszać z istotą; stipulatio w zasadzie pozostaje nadal kontraktem słownym nawet w prawie Justynjańskim: jest ważna bez żadnego dokumentu pisemnego.

b) Niemniej istotną jest także druga zmiana, mianowicie zmniejszenie charakteru abstrakcyjnego stypulacji. Jak widzieliśmy, stipulatio tworzyła ściśle zobowiązanie, zależne jedynie od tego, czy verba były wypowiedziane; wewnętrzna przyczyna — *causa* — przyrzeczenia nie posiadała żadnego znaczenia. Wskutek tego, jeżeli dłużnik wymówił „*spondeo*”, dlatego że myślał, iż otrzyma od wierzyciela pożyczone pieniądze, to chociaż wierzyciel mu ich nie wręczył i *promissio* była dana na próżno, dłużnik był zobowiązany i na mocy skargi stypulacyjnej musiał zapłacić (Gai. IV. 116: „*Si stipulatus sim a te pecuniam tanquam credendi causa numeraturus, nec numeraverim; nam eam pecuniam a te peti posse certum est, dare enim te oportet, cum ex stipulatu teneris*”). Mógł tylko po zapłaceniu żądać zwrotu zapomocą *condictio sine causa*; lecz to był już inny proces: winien był zaraz płacić, ponieważ żadne zarzuty *ex causa* nie były uwzględniane.

Z biegiem jednak czasu uznano to za niesprawiedliwe i pretor przeciwko skardze stypulacyjnej zaczął udzielać dłużnikowi *exceptio doli* (Gai. 116a: „*Sed quia iniquum est te eo nomine condemnari, placet per exceptionem doli mali te defendi debere*”). Lecz dłużnik w tym wypadku winien był udowodnić brak przyczyny (t. j. nieotrzymanie pieniędzy od wierzyciela), ponieważ domniemanie przemawiało przeciwko niemu. W okresie cesarstwa (od czasów Karakalli) stan ten zmienia się jeszcze więcej: w razie wysunięcia ekscepcji już nie pozwany, lecz powód bierze na siebie *onus probandi*; już on winien udowodnić istnienie przyczyny, t. j. że pieniądze rzeczywiście wręczył (c. 3. C. 4. 30: „*Exceptione opposita seu doli seu non numeratae pecuniae compelletur petitor probare pecuniam tibi numeratam: quo non impleto absolutio sequetur*”). Oprócz przeciwstawienia *exceptio doli* lub, jak obecnie nazywa się jeszcze inaczej, *exceptio non nu-*

meratae pecuniae dłużnik może żądać uznania *stipulatio* za nieważną także zapomocą skargi, t. zw. *querela non numeratae pecuniae*. Ponieważ jednak w epoce klasycznej *stipulatio* zwykle łączy się z dokumentem pisemnym, stąd też powyższa *querela* głównie posiada charakter skargi o uznanie dokumentu za nieważny z racji nieotrzymania gotówki. Zarówno przy *exceptio* jak i *querela* posiadacz dokumentu, wierzyciel, winien był dowieść istnienia przyczyny zapomocą innych środków. Wspomniany wzrost znaczenia dokumentów pisemnych doprowadził wkońcu do tego, że prawo wniesienia *querela non numeratae pecuniae* zostało ograniczone do pewnego terminu, mianowicie za czasów Justynjana do dwóch lat.

Możność przeciwstawienia skardze stypulacyjnej zarzutu *ex causa*, a przez to zmuszenie powoda do udowodnienia tej *causa* zapomocą innych środków, poderwała zupełnie znaczenie stypulacji, jako abstrakcyjnego aktu prawnego i pozbawiła ją tych wielkich zalet, jakie posiadała w obrocie. W ten sposób jasna i czysta forma prawna klasycznej stypulacji za czasów monarchji absolutnej staje się pod wielu względami niejasną i bezwartościową.

Formy złożone stypulacji. Prawie od chwili samego powstania *stipulatio* była używana nie tylko w tych wypadkach, w których umowa łączyła dwie osoby — jednego wierzyciela z jednym dłużnikiem, lecz również w stosunkach bardziej złożonych, kiedy po jednej lub drugiej stronie występowało kilku uczestników wierzytelności lub długu. Takie współuczestnictwo przy zobowiązaniu może posiadać rozmaite znaczenie i występować w różnych formach.

1. **Współuczestnictwo korealne.** Mogą zachodzić wypadki, kiedy z rozmaitych względów kilka osób pragnie występować w charakterze współwierzycieli, lecz w ten sposób, iżby każdy z nich posiadał wszystkie prawa samodzielnego wierzyciela — mógł otrzymać spłatę, wytoczyć skargę i t. p. i aby zapłata uskuteczniła jednemu znośła pretensje wszystkich, wniesienie skargi przez jednego pozbawiało prawa skargi innych. Np. dwaj bracia prowadzą wspólnie niepodzielne gospodarstwo; zwracam się do nich o udzielenie po-

życzki; zgadzają się, lecz przewidują, że w terminie płatności jeden z nich będzie musiał z racji różnych spraw wyjechać, ale który jeszcze nie wiedzą; z tego względu pragną występować wspólnie jako współwierzyciele. Podobny wypadek może mieć miejsce i po stronie dłużników, np. dwaj bracia proszą o pożyczkę, na którą zgadzam się, ale pod tym warunkiem, iżbym mógł żądać długu od któregośkolwiek z nich.

W wypadkach tego rodzaju uciekano się do następującego sposobu zawierania stypulacji. Jeżeli kilka osób pragnie wystąpić w charakterze współwierzycieli, to wszystkie pokolei zadają pytania: „Centum mihi dare spondes?“, „e osdem centum mihi dare spondes?“, przyczem dłużnik odpowiada wszystkim razem „utrique vestrum dare spondeo“. Jeżeli przeciwnie kilka osób występuje po stronie dłużnika, to wówczas wierzyciel daje każdemu z nich bez przerwy to samo pytanie: „Maevi, quinque aureos dare spondes?“ „Sei, eosdem quinque aureos dare spondes?“ i wówczas obydwaj odpowiadają „spondeo“, „spondeo“ (pr. In. 3. 16.). Według terminologii źródeł w pierwszym wypadku mamy dwóch *correi* (*con-reus*) *stipulandi* lub *correi credendi*, a w drugim wypadku *correi promittendi* lub *correi debendi*. Stąd też zobowiązanie tego rodzaju nazywa się *korealne*; w pierwszym wypadku będzie *czynno-korealne*, a w drugim *bierno-korealne*.

Rezultatem takiej stypulacji jest zobowiązanie z kilkoma współuczestnikami, lecz z jednym przedmiotem: jeżeli zostanie zapłacone jednemu (wierzycielowi) albo przez jednego (z dłużników), to całe zobowiązanie gaśnie; podobnie umarza całe zobowiązanie skarga (*litiscontestatio*) wniesiona przez jednego wierzyciela lub przeciwko jednemu z dłużników.

Stipulatio była pierwszym sposobem do ustanowienia takiego współuczestnictwa. Później zostało ono uznane w całym szeregu innych wypadków: mogło powstać także z kontraktów innego rodzaju (*konsensualnych*), również w wypadkach wspólnego przestępstwa (kilku złodziei), a czasem z przepisu samego prawa (np. kilku współopiekunów). Lecz w wielu z wymienionych wypadków zobowiązanie wszystkich, gasnąc

przez uiszczenie długu, nie gasło przez proste wytoczenie skargi przeciwko jednej osobie (*litiscontestatio* umarzającego znaczenia nie posiadała). Wskutek tego od korealności z umarzającym skutkiem skargi zaczęto odróżniać zobowiązania bez takiego skutku pod nazwą zobowiązań solidarnych (wszyscy odpowiadają *in solidum*—za całość).

2. Współuczestnictwo akcesoryjne. W wypadkach rozpatrywanych mieliśmy takie rodzaje współuczestnictwa, w których wszyscy współwierzyciele lub wszyscy współdłużnicy zajmowali względem siebie stanowisko równorzędne. Lecz mogły istnieć również takie stosunki, w których jedna osoba pragnęła występować w charakterze głównego, dołączając osobę drugą w charakterze ubocznego, pomocniczego współuczestnika. W wypadkach tego rodzaju prawo lub obowiązek tego drugiego współuczestnika będzie tylko *accessorium* (uzupełnieniem) dla prawa lub obowiązku pierwszego. Stosunki tego rodzaju znalazły pierwszy wyraz prawny także w formie stypulacji.

a) *Adstipulatio*. Jeżeli powyższy stosunek istnieje po stronie wierzyciela, to wyraża się w formie *adstipulatio*: najpierw zadaje pytanie i otrzymuje odpowiedź główny wierzyciel (*stipulator*), potem zadaje to samo pytanie wierzyciel uboczny—*adstipulator* i otrzymuje drugą odpowiedź od dłużnika („*Centum mihi dare spondes?—spondeo*”; „*eosdem centum mihi dare spondes?—spondeo*”). Na podstawie tej drugiej odpowiedzi *adstipulator* staje się dla dłużnika takim samym wierzycielem jak *stipulator*: może otrzymywać zapłatę, wnosić skargę, a nawet zrzec się długu. Lecz ponieważ jest on dodany tylko w interesie wierzyciela, stąd też otrzymany dług winien zwrócić temu ostatniemu (*Gai. III. 110 i nast.*).

Główną przyczyną powstania *adstipulacji* była niedopuszczalność w procesie *legisakcyjnym* zastępstwa; gdy wierzyciel przewidywał, że w terminie płatności nie będzie w stanie osobiście wnieść skargi, to musiał wcześniej przygotować sobie zastępcę przez uczynienie go ubocznym wierzycielem. Ponieważ umowa zlecenia (*mandatum*) nie posiadała wówczas jeszcze mocy zaskarżalności, przeto *lex Aquilia* w drugim rozdziale ustanowiła odpowiedzialność *adstipulatora*,

któryby nadużył swego stanowiska na szkodę wierzyciela (Gai. III. 215); mamy tu pierwszą wzmiankę o stipulatio. Z chwilą wprowadzenia zastępstwa procesowego powyższa funkcja adstypulacji straciła rację bytu, a w epoce Gajusa używano jej głównie li tylko dla wypadków przyrzeczenia post mortem creditoris, co dla zwykłej stipulatio było niedopuszczalne (Gai. III. 117).

b) *Adpromissio*. Znacznie częściej spotykamy dołączenie ubocznego dłużnika — *adpromissio*. Głównym celem tego dołączenia jest poręka: za dług głównego dłużnika bierze na siebie odpowiedzialność druga osoba — poręczyciel.

Poręka w prawie rzymskim posiada długą i złożoną historję¹. Wspomnieliśmy już o *praedes* i *vades* dawnego prawa; powiedzieliśmy, że w czasach dawniejszych poręczyciel był jakby zakładnikiem: w razie niespełnienia zobowiązania odpowiedzialność spadała na niego i wyłącznie na niego; ten zaś za kogo poręczyciel występował był wolny od odpowiedzialności. Lecz, jak już zaznaczyliśmy, instytucja *praedes* i *vades* jest mało znana.

Wskutek rozwoju stosunków prawnych okazała się większa potrzeba poręki. Początkowo potrzebie tej zadośćczyniono zapomocą stypulacji korealnej: poręczyciel stawał się takim samym dłużnikiem jak i ten za kogo ręczył i jedynie zwyczaj wymagał, aby wierzyciel z roszczeniem najpierw zwracał się do głównego dłużnika. Lecz później wewnętrzna akcesoryjność poręki znajduje sobie wyraz zewnętrzny i powstają dwie najdawniejsze formy poręki: *sponsio* i *fidepromissio*. Różnica między temi formami polega jedynie na wyrazach, zapomocą których były zawierane; znaczenie zaś prawne obydwóch było zupełnie jednakowe. Po zadaniu pytania głównemu dłużnikowi i po jego odpowiedzi wierzyciel zwracał się z zapytaniem do poręczyciela: „*idem spondes?*” albo „*idem fide tua promittis?*” i otrzymywał od niego odpowiedź: „*idem spondeo*” (*sponsio*) albo „*idem fide mea promitto*” (*fidepromissio*).

¹ Levy, *Sponsio, fidepromissio und fideiussio*, 1907

Obie te formy mogły mieć miejsce tylko wówczas, gdy zobowiązanie główne zostało zawarte w formie stipulatio i gdy zostały zawarte bezpośrednio po głównej stipulatio; tworzyły ad promissio w całym tego słowa znaczeniu. Prawne następstwa tej poręki noszą na sobie cechy starożytnego zapatrywania na zobowiązanie, jako na pewien czysto osobisty związek: zobowiązanie poręczyciela gaśnie wraz z jego śmiercią i na spadkobierców nie przechodzi (cechy zakładnictwa).

W związku z prawem o długach wogóle również kwestja poręki nie mało interesowała ustawodawstwo republikańskie; mamy wiadomości o kilku *u s t a w a c h* (nieznanej zresztą daty), które miały na celu dokładniejsze uregulowanie stosunków poręki (Gai. III. 121 i nast.). Tak np. *lex Apuleia* ustanowiła pomiędzy kilku współporęczycielami coś w rodzaju spółki—*„quandam societatem”*—odnośnie do odpowiedzialności za dług: gdy jeden z nich zapłaci, inni winni mu zwrócić w odpowiednich częściach. *Lex Furia* poszła dalej i udzieliła współporęczycielom prawa żądania od wierzyciela podziału pretensji pomiędzy wszystkich żyjących i wypłacalnych współporęczycieli. Nadto ta sama ustawa ustanowiła zgaśnięcie odpowiedzialności poręczyciela przez dwuletnie przedawnienie. *Lex Cicereia* przepisała niezbędność *praedictio*, t. j. zobowiązała dłużnika przy ustanawianiu kilku poręk do uprzedniego oznajmiania ilu jest poręczycieli i jacy. Wreszcie *lex Publilia* udzieliła poręczycielowi, który uiścił dług, specjalnej surowej skargi przeciwko głównemu dłużnikowi—*actio depensi*—o zwrot kwoty zapłaconej, przyczem skargę tę urzeczywistniano w formie *manus iniectio*, a nadto w jej dawnej i najsurowszej postaci—*manus iniectio pro iudicato*, t. j. z koniecznością występowania *vindexa* przy obronie. x)

Lecz *sponsio* i *fidepromissio* posiadały tę istotną cechę ujemną, że zabezpieczały tylko zobowiązania stypulacyjne, a nadto musiały być zawierane zaraz po nich. Niedogodne było również zgaśnięcie poręki przez śmierć. Wskutek tego z biegiem czasu powstaje nowa forma—*fideiussio*, wolna już od tych niedogodności, która w następstwie wyrugowała dawną *sponsio* i *fidepromissio*. *Fideiussio* sama w sobie stanowi formalnie samoistną stipulatio; jedynie

materjalnie wzmacnia inne zobowiązanie i to już bez różnicy jakie—stypulacyjne, konsensualne i t. p. Wierzyciel, wymieniając w swoim pytaniu zobowiązanie, które miało być zabezpieczone (np. „quod mihi Titius ex empto debet”), pytał poręczyciela: „id fide tua esse iubes?”, na co poręczyciel odpowiadał „id fide mea iubeo” (Gai. III. 115—117).

Do fideiussio wszystkie wzmiankowane ustawy okresu rzezypospolitej nie odnosiły się, stąd też rozwój norm o poręce winien był powtórzyć się w odniesieniu do niej na nowo, lecz, rozumie się, w formie doskonalszej.

W ciągu całego klasycznego i poklasycznego okresu istnieje ogólny przepis, że wierzyciel w razie nieotrzymania długu może skarżyć według swego uznania albo dłużnika głównego albo poręczyciela. Justynjan na mocy rozporządzenia z r. 535 (Nov. 1) zmniejszył odpowiedzialność poręczyciela przez to, że udzielił mu t. zw. *beneficium excussionis sive ordinis*: poręczyciel mógł żądać, aby wierzyciel zwrócił się najpierw do dłużnika głównego.

Jeżeli poręczyciel dług uiscił, to miał *regres* przeciwko głównemu dłużnikowi; w tym celu mógł żądać od wierzyciela przy zapłacie odstąpienia skargi przeciwko dłużnikowi, t. zw. *beneficium cedendarum actionum*. Dawna *actio depensi* odpadła.

Wreszcie jeżeli było kilku współporęczycieli, to początkowo wszyscy odpowiadali według wyboru i *in solidum*. Lecz cesarz Hadrian wydał i dla fideiussores t. zw. *beneficium divisionis*: ten, przeciwko któremu wytoczono skargę, mógł żądać, aby wierzyciel podzielił dług pomiędzy wszystkich, którzy byli obecni i wypłacalni (fr. 25. D. 46. 1).

Mimo to, że w prawie klasycznym powstały jeszcze inne formy poręki (t. zw. *mandatum qualificatum* i *constitutum debiti alieni*), fideiussio pozostała do końca podstawową formą poręki.

§ 22. 2. KONTRAKTY LITERALNE.

Natura prawna kontraktów literalnych polega na tem, że zobowiązanie powstaje przy nich nie na mocy zwykłej umowy stron, ecz na mocy formy pisemnej, w której musiały być zawierane.

Prawo rzymskie z czasów rzeczypospolitej i prawników klasycznych zna tego rodzaju zobowiązania pisemne w postaci długów księgowych. Pierwotne powstanie tej formy nie jest wyjaśnione. Niektórzy mówią o jej związku z *nexum* (zapisywanie w księgach pożyczek zawartych zapomocą *nexum* — *Girard*), inni widzą jej genezę jeszcze w księgach pontyfików, którzy w starożytności odgrywali do pewnego stopnia rolę notariuszy (*Beseler*)¹. W każdym razie forma ta jest jedną z wcześniejszych: za czasów Cycerona jest już zjawiskiem dawnym i zwykłym.

Ogólna istota tej formy jest następująca (Gai. III. 128—134). Rzymianie wogóle mieli zwyczaj skrupulatnego prowadzenia ksiąg gospodarczych: codziennie zapisywano przychód i rozchód, wszystkie wydatki i wpływy. Księgi te (t. zw. *nomina arcaria*) mogły niekiedy służyć jako dowód już istniejącego zobowiązania (powstałego w inny sposób), lecz nie mogły służyć jako sposób powstania nowego. Inne znaczenie uzyskały te księgi w stosunkach pomiędzy bankierami (*argentarii*). Do najczęstszych i najbardziej typowych aktów prawnych obrotu bankierskiego należały dwa następujące.

a) *Transscriptio a re in personam*. Przypuśćmy, że pomiędzy dwiema osobami istnieją stałe stosunki handlowe: A dostarcza B rozmaite towary i otrzymuje w różnych terminach pewne kwoty. Wszystkie te dostawy i zapłaty zapisuje się w księgach przychodu i rozchodu — *codices accepti et expensi* — obydwóch stron: w księdze A na stronie rozchodów (*pagina expensi*) będzie figurowało, że wtedy to pewnej osobie dano towaru za taką to kwotę (*expensilatio*), a na stronie przychodów (*pagina accepti*) będą figurowały wszystkie wpływy, że wtedy to od pewnej osoby otrzymano taką to kwotę (*acceptilatio*). Te same pozycje będą zanotowane i w księdze B, lecz, rozumie się, w znaczeniu odwrotnem: co u A figuruje jako wpływ, u B będzie figurować jako wydatek. Co pewien okres czasu (rok, miesiąc) obie strony reasumują swoje wzajemne sto-

¹ *Erörterungen zur Geschichte der Novation und zur Geschichte des Litteralkontraktes*, 1904,

sunki handlowe i przypuścmy, że rezultat wypadnie 100 na korzyść A (saldo we współczesnym języku handlowym). Wtedy wszystkie poprzednie pozycje umarzają się zapomocą odpowiednich uwag w księgach, a zamiast nich A zapisuje w swej księdze na stronicy expensi: „dano B 100”, a jednocześnie B zapisuje u siebie: „otrzymano od A 100”. Rezultatem tej czynności będzie zobowiązanie B do zapłacenia A 100; zobowiązanie to materialnie związane jest z całością poprzednich stosunków prawnych, lecz formalnie jest od nich zupełnie niezależne. Wszystkie poprzednie stosunki zostają zlikwidowane, a to co nastaje obecnie jest już zobowiązaniem nowem; w tem znaczeniu mamy tu rzeczywiście „przepisanie z poszczególnych res wprost na osobę” — *transscriptio a re in personam*. Zobowiązanie nowe będzie już zobowiązaniem abstrakcyjnem i żadne zarzuty na podstawie poprzednich *causae* lub poprzednich *res* nie będą dopuszczalne. Obowiązek A do zapłacenia B 100 formalnie wypływa z zapisania w księgach (*litterae*) i dlatego nazywa się kontraktem literalnym.

b) *Transscriptio a persona in personam*
 Inny wypadek, w którym mamy ten sam skutek, jest następujący. A winien 100 B, B znów jest winien 100 C; na skutek wzajemnej umowy wszystkie te osoby czynią w swych księgach odpowiednie uwagi w celu umorzenia powyższych zobowiązań i postawienia w bezpośrednim stosunku A i C. A zanotuje u siebie w rubryce *acceptum*: „otrzymano od C 100”, a C — w rubryce *expensum*: „dano A 100”. Dłużnikiem C będzie obecnie zamiast B nowa osoba A, z tej też racji wypadek powyższy będzie rzeczywiście *transscriptio a persona in personam*. Zobowiązanie pomiędzy A i C, podobnie jak w wypadku poprzednim, wypływa co do swej istoty z dawnych stosunków, lecz prawnie stanowi zobowiązanie nowe, odrębne od poprzednich i biorące moc swoją wyłącznie z zapisania w księgach — *ex litteris*.

Czynności księgowe prawdopodobnie nie ograniczały się do podanych *transscriptiones*; zdaje się, że możliwe było ustanowienie zobowiązania wprost przez uczynienie odpowiedniej

adnotacji w księgach: A, pragnąc podarować albo dać pożyczkę B, notował w swej księdze: „otrzymano od B 100”, a B notował u siebie: „dano A 100”. Chociaż w rzeczywistości nie było żadnej numeratio pecuniae, zobowiązanie jednak istniało i mogło być dochodzone w drodze sądowej. Następnie możliwą jest rzeczą, że w stosunkach pomiędzy argentarii księgi ich spełniały inne jeszcze funkcje¹. Wreszcie prawdopodobnem jest i to, że kontrakt literalny, wywodzący się ze stosunków bankierskich, stał się w następstwie instytucją prawa ogólnocywilnego. Wiele jednak rzeczy o kontraktach literalnych z czasów klasycznych pozostaje niewyjaśnionych, gdyż stosunkowo wcześniej, bo już w okresie cesarstwa, wyszły one z użycia.

W tym czasie, kiedy pomiędzy cives romani odbywały się powyższe czynności księgowe, w obrocie pomiędzy peregrynami (greckich i zhelenizowanych prowincyj) były bardzo rozpowszechnione zobowiązania pisemne innego rodzaju — *syngraphae* i *chirographa* (Gai. III. 134). *Chirographum* był to dokument napisany przez dłużnika i świadczący o jego długu. *Syngrapha* zaś dokument świadczący o zobowiązaniu obydwóch stron i potwierdzony podpisami i pieczęciami tak wierzyciela jak również dłużnika. Lecz kwestja natury prawnej tych dokumentów jest bardzo sporna. Gajus w przytoczonym miejscu uważa je raczej za rzeczywiste kontrakty literalne prawa peregryńskiego, niż za zwykłe środki dowodowe („*Praeterea litterarum obligatio fieri videtur chirographis et syngraphis*”). Z drugiej jednak strony w jednym miejscu u pseudo-Askonjusza (In. Verr. 2. 1. 36) jest mowa o różnicy pomiędzy temi rodzajami dokumentów: podczas gdy *chirographa* są dokumentami świadczącymi o istniejącym, realnym długu, o *syngraphae* mówi się, że w nich „*etiam contra fidem veritatis pactio venit... more institutoque Graecorum*”. Wobec niejasności źródeł jedni z badaczy współczesnych (*Gneist, Savigny* i in.) wogóle od-

¹ Patrz *Mitteis, Trapezitika* w *Zeitschr. d. Sav.* — *St. für Rechtsgeschichte*, Bd. 19, 1898; *Platon, Les banquiers dans la législation de Justinien*, *Nouv. revue hist. de droit français et étranger*, 23, 1909.

mawiają tym dokumentom samoistnej mocy zobowiązaniowej, drudzy (*Mitteis, Costa*) przeciwnie przyznają im tę moc.

W każdym razie rozciągnięcie przez Karakallę prawa obywatelstwa rzymskiego na całe cesarstwo pozbawiło tę instytucję prawa peregryńskiego mocy prawnej. Mimo to nie zniknęła ona zupełnie, lecz odrodziła się w prawie poklasycznym w postaci pisemnych *cautiones*, o których była mowa przy *stipulatio*. Starodawne przyzwyczajenie greckie do dokumentów pisemnych i zaufanie do nich z łatwością dało zastosować się do *stipulatio*: trzeba było tylko przy sporządzeniu dokumentu wykonać nietrudną formalność — zadanie ustnego pytania i otrzymanie odpowiedzi. Wytworzona później *praesumptio stipulationis* i ograniczenie możliwości zaskarżania *cautio*, o czym wyżej była mowa, wytworzyły wkońcu w praktyce dla tych *cautiones* prawie taką samą moc prawną, jaką posiadały (jeżeli wogóle posiadały) dawne *syngraphae*. *Mos Graecorum* znalazł sobie miejsce także w *ius Romanorum*.

Z racji tego praktycznego znaczenia *cautiones*, gdy zaskarżanie ich zapomocą *querela non numeratae pecuniae* było już niedopuszczalne, Justynjan w Instytucjach swych (In. 3. 21) mówi: „*Sic fit, ut et hodie, dum queri non potest, scriptura obligetur*”. Z punktu jednak patrzenia prawnego jest to nieściśle: moc zobowiązaniowa *cautio* spoczywa nie w *scriptura*, lecz w niezaprzeczalnym domniemaniu ustnej *stipulatio*, w fikcyjnym akcie ustnym.

§ 23. 3. KONTRAKTY REALNE.

Podczas gdy *stipulatio* i kontrakty literalne są umowami formalnymi, wszystkie pozostałe umowy nie są związane z żadną określoną formą i tworzą umowy nieformalne. Lecz pomiędzy nimi jest ta różnica, że jedne z nich do swej ważności niczego nie potrzebują prócz zwykłej zgody (*nudus consensus*) pomiędzy stronami (kontrakty konsensualne), inne natomiast otrzymują moc prawną jedynie wówczas, gdy jedna strona na podstawie umowy wręczyła drugiej rzecz, która była przedmiotem umowy. Dla nich sama umowa nie posiada jeszcze żadnego znaczenia. Tak np. umowa, że jutro udzielię

pożyczki albo przyjmę jakąś rzecz na przechowanie, nie stwarza jeszcze żadnych obowiązków ani dla jednej ani dla drugiej strony; jeżeli jutro wbrew przyrzeczeniu odmówię, to nie ponoszę za to żadnej odpowiedzialności. Z punktu patrzenia prawa rzymskiego będzie to zwykłe *pactum de contrahendo*, zgoda na przyszłe zawarcie umowy, która jako zwykłe *pactum* skargi nie stwarza. Stąd też w tych wypadkach, jeżeli strony chciały swej zgodzie nadać moc zobowiązaniową, to winny nadać jej formę stypulacji. Bez niej zobowiązanie powstaje tylko wówczas, gdy pożyczka już będzie dana, rzeczy na przechowanie wręczone i t. d. Kontrakty tego rodzaju nazywają się *realnemi* („*re contrahitur obligatio*”). Późniejsze prawo rzymskie zna cztery typy takich kontraktów: *mutuum*, *commodatum*, *depositum* i *pignus*; lecz należy tu dołączyć z jednej strony wyszlą później z użycia *fiducia*, a z drugiej strony t. zw. bezimienne kontrakty *realne* — *contractus innominati*, które w ostatecznej swej formie ukształtowały się dopiero w prawie poklasycznym.

Najstarszym rodzajem kontraktu realnego jest *mutuum*, pożyczka nieformalna. Istota prawna *mutuum* polega na tem, że jedna strona (wierzyciel) daje drugiej (dłużnikowi) pewną kwotę pieniędzy albo innych rzeczy zamiennych (kilka ćwierci żyta lub funtów masła) na własność z obowiązkiem, że w oznaczonym terminie (albo na żądanie) zostanie wierzycielowi zwrócona taka sama ilość takich samych rzeczy (*tantundem eiusdem generis* — fr. 1. 2. D. 44. 7). W ten sposób przedmiotem pożyczki mogą być tylko rzeczy *zamiennne*, t. j. takie, które dają się w obrocie mierzyć, ważyć lub liczyć — *quae numero pondere mensura consistunt, quae in genere functionem suam recipiunt*.

W dawnem prawie cywilnem pożyczkę (pieniężną) urzęczywistniano w formie *nexum*. Lecz forma ta odstraszała swoją surowością i nie nadawała się do zwykłych stosunków życiowych — pożyczki niewielkiej kwoty pieniężnej albo małej ilości produktów. Takie nieformalne, że tak powiem, sąsiedzkie pożyczki niewątpliwie istniały zawsze, chociaż w starożytności nie posiadały mocy prawnej. Od chwili powstania *stipulatio* zaczęto je często zawierać w formie stypulacyjnej: mimo

to w życiu niemało było wypadków, kiedy i tej formalności nie zachowywano.

Chociaż taka pożyczka nieformalna, *mutuum*, jako umowa nie posiadała żadnej mocy prawnej, to jednak istniał jej skutek: jedna osoba posiadała w swoim majątku pewną rzecz wartościową otrzymaną od drugiej. Pozostawienie tej rzeczy w majątku osoby pierwszej ze szkodą dla właściciela dawnego nie posiadało żadnych podstaw, dlatego też prawo rzymskie już bardzo wcześnie zaczęło udzielać wierzycielowi skargi cywilnej o zwrot tego niesłusznego wzbogacenia. Jeżeli można wątpić, czy do pożyczek tego rodzaju zastosowywano *legis actio per sacramentum*, to w każdym razie ustanowione przez ustawy *Silia i Calpurnia condictiones* (*de certa credita pecunia i de alia certa re*) obejmowały z pewnością i te skargi. Wierzyciel, który dał pożyczkę, był obecnie broniony, lecz obrona ta wynikała nie z uznania umowy pożyczki, a ze zwykłego faktu przejścia rzeczy z jego rąk do drugih. W ten sposób została określona przyszła natura *mutuum*, jako kontraktu realnego.

Z biegiem czasu natura umowna *mutuum* uległa pewnej ewolucji, liczne jednak ślady pierwotnego zapatrywania pozostały i w prawie późniejszym. Skargi z *mutuum* są te same co poprzednio: *condictio certae pecuniae i condictio triticulturae*. Zobowiązanie z *mutuum* pozostaje do końca zobowiązaniem *stricti iuris* i zobowiązaniem ściśle jednostronnem: żadnych wzajemnych pretensyj (np. wierzyciel dał zboże złego gatunku i przez to wyrządził dłużnikowi szkodę) dłużnik nie mógł zgłaszać. Z drugiej strony także wierzyciel mógł żądać tylko tego co dał, bez żadnych dodatkowych pretensyj: strat z powodu niedotrzymania terminu zapłaty, procentów i t.d.

Lecz mimo zachowania tych cech swojego pochodzenia, *mutuum* w nauce prawników klasycznych otrzymuje już zupełnie określony charakter stosunku umownego i znacznie wyróżnia się od skarg z niesłusznego wzbogacenia się wogóle. Do powstania zobowiązania z pożyczki nie wystarcza zwykłe wręczenie pieniędzy, powiada Paulus (fr. 3. 1. 44. 7), lecz niezbędna jest obustronna wola zawarcia pożyczki. Stąd też

jeżeli dłużnik nie posiada zdolności do działania prawnego (np. z braku odpowiedniego wieku) potrzebnej do zawarcia umowy, to pożyczki nie będzie: wierzyciel będzie mógł żądać tylko zwrotu wzbogacenia się, t. j. tego, co się jeszcze w majątku dłużnika znajduje (np. z otrzymanych 100 tylko 40, jeżeli pozostałe 60 dłużnik małoletni już stracił).

W okresie cesarstwa rozpowszechnił się w stosunku do mutuum zwyczaj sporządzania dokumentów pisemnych: w celu ułatwienia dowodu pożyczki sporządzano pisemną *cautio*. Z czasem i tu znaczenie dokumentu pisemnego wzrosło i posiadało taką samą historję jak przy *stipulatio*: z ograniczeniem *querela non numeratae pecuniae* do pewnego czasokresu również tu *scriptura* mogła służyć jako zamiana *numeratio*.

Niezależnie od tego ustawodawstwo z czasów cesarstwa zajmowało się pożyczką specjalnie w dwóch następujących kierunkach.

a) Na schyłku rzeczypośpolitej i na początku cesarstwa ogólne zepsucie obyczajów sprawiło, że t. zw. „złota młodzież” tego czasu, synowie bogatych rodziców, często zaciągali pożyczki u różnych zamaskowanych lichwiarzy pod warunkiem, że uiszczenie długu nastąpi po śmierci *paterfamilias* i po otrzymaniu spadku. Warunki tego rodzaju pożyczek były naturalnie nadzwyczaj ciężkie. Zło zatoczyło tak szerokie kręgi, że już cesarz Klaudjusz wydał jakiś przepis, który według Tacyty (Ann. 11. 13) „*saevitiam creditorum coercuit, ne in mortem parentum pecunias filiis familiarum feneratori darent*”. Lecz przepis ten nie usunął zła i za Wespazjana zdarzył się wypadek, który głęboko poruszył opinię publiczną, mianowicie jeden z takich zadłużonych in mortem parentum synów naciskany przez wierzycieli zabił swego ojca. Pod wpływem tego zabójstwa senat wydał uchwałę, która otrzymała od imienia zabójcy — Macedo — nazwę *senatusconsultum Macedonianum*. Uchwała ta głosiła, że pożyczka udzielona synowi podwładnemu (bez zgody ojca) nigdy, nawet po śmierci *paterfamilias*, nie daje wierzycielowi skargi (tekst w fr. 1 pr. D. 14. 6 głosi: „*Ut scirent, qui pessimo exemplo foenerarent, nullius posse filii familias bonum nomen expectata patris morte fieri*”). Jednakże zapłata dobrowolnie

uiszczona przez syna była uważana za zapłatę długu i dlatego sctum Macedonianum uważa zobowiązanie syna jako obligatio naturalis.

b) Druga kwestja, która zajmowała ustawodawstwo, to kwestja procentów, przyczem miała ona znaczenie dla wszystkich rodzajów pożyczki, niezależnie od formy w jakiej została zawarta (mutuum, stipulatio, kontrakt literalny). Przy mutuum z racji wyżej podanej zasady, że wierzyciel mógł żądać tylko tego co dał, umowa o procentach musiała być zawarta w formie specjalnej stipulatio usurarum.

Jak wiadomo, kwestja określenia stopy procentowej ciągnie się już od ustawy XII tablic, która ustanowiła maximum $8\frac{1}{3}\%$ na rok i karała lichwiarzy, foeneratores, in quadruplum. W r. 347 przed Chr. nieznana ustawa obniżyła to maximum do połowy, a po 5 latach lex Genucia zabroniła zupełnie pobierania procentów. Lecz przepis ten wkrótce wyszedł z użycia i w epoce Cyserona maximum stopy procentowej określono na 12% (usurae centesimae). Norma ta pozostała w ciągu całego okresu klasycznego, chociaż była znacznie wyższa od zwykłej stopy umownej. Justynjan w drodze rozporządzenia z r. 528 (c. 26. C. 4. 32) obniżył tę normę do 6% , lecz z pewnemi wyjątkami, np. dla połączonej ze specjalnym ryzykiem pożyczki zamorskiej (foenus nauticum), dla której w poprzednim prawie żadnych norm nie było, Justynjan ustanowił 12% , następnie kupcy pomiędzy sobą mogli pobierać do 8% , a personae illustres tylko do 4% . Pobieranie jednak procentów powyżej określonej normy nie pociągało żadnej kary dla wierzyciela, winien był tylko kwotę powyżej normy pobraną zaliczyć na poczet długu. Ponadto nawet procenty dozwolone, o ile ogólna ich suma dochodziła do wysokości długu, przestawały biec dalej (non ultra alterum tantum). Wreszcie Justynjan zabronił pobierania procentów od procentów (t. zw. anatocismus) nawet wówczas, gdyby wierzyciel chciał je pozostawić dłużnikowi w formie nowej pożyczki.

Całe ustawodawstwo Justynjana o procentach, chociaż wywołane zostało jak najlepszymi chęciami, świadczyło jednak o słabym zrozumieniu istoty zjawisk ekonomicznych. Rozumie się, że niekiedy w wysokich procentach ujawnia się nieumiarko-

wana żądza lichwy, lecz znacznie częściej gra tu rolę sprawa ryzyka ekonomicznego. Ustawy o procentach zwłaszcza w takiej formie w jakiej je widzimy u Justynjana zupełnie nie liczą się z tym faktem i w rezultacie może nie polepszają, a raczej pogarszają położenie owych miseri debitores, w interesie których zostały wydane. Lichwa, jak wskazuje historia, zawsze znajdzie różne ukryte formy, a ryzyko w razie ich ujawnienia płacą w tej lub innej postaci sami dłużnicy.

Znacznie później niż mutuum zostały prawnie uznane trzy następne kontrakty realne: *commodatum*, *depositum* i *pignus*, przyczem ich historyczną poprzedniczką była już nam znana *fiducia*, która odegrała względem nich rolę przygotowawczą.

Jak wiadomo, już w dawnym prawie cywilnem potrzebie oddania rzeczy do czasowego użytkowania, do przechowania lub w zastaw zadośćczyniono zapomocą *mancipatio* albo *in iure cessio* tej rzeczy z dołączeniem *pactum fiduciae*. Wiemy także, że *pactum fiduciae* w starożytności niezaskarżalne, czasem otrzymało zaskarżalność — najpierw pretorską, a później i cywilną — *actio fiduciae*. Z tej *actio* mógł korzystać nie tylko oddawca rzeczy w celu jej zwrotu — *actio fiduciae directa*, ale także osoba, której rzecz została dana, jeżeli poniosła jakieś szkody, np. gdy został dany do przechowania niewolnik chory na zaraźliwą chorobę, który potem zaraził własnych niewolników odbiorcy; w tym wypadku ostatniemu przysługuje *actio fiduciae contraria*. Otrzymawszy (już za czasów K. Mucjusza Scewoli) te skargi, *fiducia* przekształciła się w rzeczywisty kontrakt realny, z tą jednak różnicą, iż *pactum fiduciae* tworzyło jedynie składnik formalnych aktów prawnych *mancipatio* lub *in iure cessio* i skutek tego samo było formalne. Z tego względu *fiducia* winna być uważana za umowę formalno-rzeczową.

Chociaż *fiducia* w powyższej formie istniała w ciągu całego okresu klasycznego, posiadała jednak znaczne strony ujemne: po pierwsze wymagała zachowania formalności *mancipatio* lub *in iure cessio*, a po drugie wymagała przeniesienia prawa własności na rzecz. Wszelkie wyzbycie się rzeczy

na korzyść osoby drugiej pozbawiało wierzyciela nawet nadziei otrzymania jej zpowrotem, a skarga osobista — *actio fiduciae* — mogła okazać się wskutek niewypłacalności dłużnika bezskuteczną.

Wskutek tego obok umów fiducjarnych istnieją umowy nieformalne oddania rzeczy do czasowego bezpłatnego użytku (*commodatum*), do przechowania (*depositum*) lub w zastaw (*pignus*). Osoba, oddająca rzecz w powyższych celach, zachowuje prawo własności i dlatego może żądać jej zwrotu zapomocą *rei vindicatio*, a w razie utraty ma skargi, wynikające z przestępstwa (*actio furti*; dla *depositum* ustawy XII tablic ustanowiły nawet specjalną skargę *in duplum*). Lecz umowa, jako taka, nie posiada jeszcze żadnego znaczenia. Osoba, której rzecz została dana do korzystania, nie może bronić się przeciwko żądaniu jej zwrotu przed terminem (wbrew umowie), nie może żądać wynagrodzenia wyrządzonych jej szkód i t. d.

Z biegiem czasu przychodzi i tu z pomocą pretor i zaczyna udzielać *actiones in factum*. Lecz podstawy tych skarg pretorskich nie stanowi jeszcze zobowiązanie, wynikające z umowy, lecz idea szkody wyrządzonej przez jedną osobę drugiej: jeżeli dałem komuś do przechowania rzecz, a ten mi jej nie zwrócił, to przez to wyrządził mi szkodę; jeżeli dałem do przechowania chore zwierzę, które zaraziło obce zwierzęta, to przez to wyrządziłem innym szkodę; w obydwóch wypadkach sprawiedliwość domaga się wynagrodzenia szkody. Ten właśnie cel posiadają pretorskie *actiones in factum*.

Powoli jednak w obrocie powstaje zapatrywanie, że w tych wszystkich wypadkach *bona fides* domaga się nietylko wynagrodzenia szkody, lecz także spełnienia umowy. Jeżeli ktoś dał mi na pewien czas konia, na którym miałem pojechać dla załatwienia bardzo pilnej sprawy, a później okazało się, że dano mi świadomie konia niezdatnego do użytku, to dający konia winien nietylko wynagrodzić rzeczywiste szkody, które poniosłem, ale i zyski, którebym otrzymał, gdyby umowa była należycie spełniona (t. zw. *pozytywny interes umowy*). Na podstawie tego zapatrywania powstaje możliwość wnoszenia także *skarg cywilnych bonae fidei*:

dzięki nakazowi sądenia *ex fide bona* — „*uti inter bonos bene agier oportet*“; zapatrywanie to wywiera wpływ na wyrok sądowy. Jednocześnie z tem powyższe umowy zostały uznane za kontrakty.

Zdaje się, że powyższy proces rozwoju odbywał się nie jednocześnie dla wszystkich trzech umów; w każdym razie w początkach cesarstwa został już zakończony. Dla niektórych z nich przez długi czas formula *in factum* i formula *in ius concepta* istnieją obok siebie (dla *commodatum* i *depositum*), lecz im dalej tem więcej ostatnia wypiera pierwszą, jako ciaśniejszą. W każdym razie dla prawników klasycznych niema już żadnej wątpliwości, że *commodatum*, *depositum* i *pignus* są rzeczywistymi kontraktami realnemi — każdy ze swoją specjalną fizjonomją prawną.

a) *Commodatum* — wygodzenie — jest to umowa, na mocy której jedna osoba (kommodant — wygadzaający, *commodans*) daje drugiej (kommodatarjusz — wygodzony, *commodatarius*) pewną rzecz do czasowego bezpłatnego użytku. Przedmiotem wygodzenia może być jedynie rzecz indywidualnie określona; tą cechą wygodzenie różni się od pożyczki. Udzielenie korzystania winno być bezpłatne, w przeciwnym razie umowa byłaby nie wygodzeniem, lecz najmem. Co do swej natury *commodatum* należy do umów dwustronnych, chociaż nierównych (*contractus bilateralis inaequalis*). Powstaje z niej obowiązek dla kommodatarjusza — zwrotu rzeczy w stanie nieuszkodzonym; w razie uszkodzenia lub utraty rzeczy odpowiada za wszelką ze swej strony winę, za *omnis culpa*. Skarga kommodanta przeciwko kommodatarjuszowi nazywa się *actio commodati directa*. Lecz czasem może powstać pretensja kommodatarjusza przeciwko kommodatantowi, np. dana na wygodzenie rzecz wyrządziła kommodatarjuszowi szkody (przytoczony przykład z chorym koniem). Z racji tych szkód kommodant odpowiada tylko wtedy, gdy zostanie udowodniona jego zła wola albo wielkie niedbalstwo — *dolus* albo *culpa lata* (jeżeli np. wiedział, że daje konia chorego na zaraźliwą chorobę). Do urzeczywistnienia swych pretensyj kommodatarjuszowi przysługuje *actio commodati contraria*.

Od *commodatum* należy odróżniać *precarium*, które jest także oddaniem rzeczy do bezpłatnego użytku, ale tylko do odwołania i bez żadnego zobowiązania ze strony dającego. W stosunku do osób trzecich prekarzysta znajduje się nawet w lepszym położeniu, niż kommodatarjusz, korzysta bowiem, jak wiadomo, z samodzielnej obrony posesoryjnej; lecz w stosunku do właściciela rzeczy — *precario dans* — nie może mieć żadnych pretensyj. *Precarium* miało zastosowanie w starożytności głównie w stosunkach pomiędzy patronami i klientami, dawnym panem i wyzwolencami i t. p.

b) *Depositum* — skład — jest to umowa, na mocy której jedna osoba (*deponent*, *deponens*) oddaje drugiej (*depozytarjusz*, *depositarius*) rzecz do przechowania. Przedmiotem *depositum* w ścisłym znaczeniu może być również tylko rzecz indywidualnie określona. Wprawdzie zachodzą wypadki, kiedy bywają oddane do przechowania rzeczy gatunkowe (np. pewna kwota pieniędzy) w tym celu, aby potem zostały zwrócone nie te same rzeczy, lecz *tantundem eiusdem generis*, ale wówczas mamy t. zw. *depositum irregulare* — umowa zbliżona co do swej istoty do pożyczki (ponieważ i tu rzeczy przechodzą na własność tego, komu zostają oddane do przechowania). Następnie *depositum* winno być także bezpłatne; w przeciwnym razie nie byłby to skład, lecz najem. Stosunki pomiędzy stronami układają się analogicznie do stosunków przy *commodatum*: *deponent* posiada *actio depositi directa* o zwrot rzeczy zdeponowanej, przyczem jednak, ponieważ *depositum* bywa zawierane nie w interesie depozytarjusza, ten ostatni odpowiada tylko za *dolus* i *culpa lata*; depozytarjusz ma przeciwko *deponentowi* *actio depositi contraria*, przyczem *deponent* odpowiada za *omnis culpa* (t. j. także za *culpa levis* — zwykłe, małe niedbalstwo).

Specjalnymi rodzajami składu są: 1) T. zw. *depositum miserabile* — skład w wypadku nieszczęścia, np. pożaru; przy niezwróceniu rzeczy depozytarjusz odpowiada *in duplum*. 2) *Sequestratio* jest to oddanie spornej rzeczy przez strony spór wiodące osobie trzeciej do ukończenia sprawy z zastrzeżeniem zwrotu jej temu, kto sprawę wygra. Właściwością tego

składu jest to, że sekwestrator korzysta z samoistnej obrony posesoryjnej.

c) *Pignus* lub *contractus pigneraticius* jest to umowa zastawu, na mocy której jedna osoba (zastawca, dłużnik) oddaje drugiej (zastawnikowi, wierzycielowi) rzecz w celu zabezpieczenia długu. Już widzieliśmy jak rozwijało się prawo rzeczowe zastawnika w stosunku do rzeczy zastawionej i w jaki sposób otrzymał on *actio pigneraticia in rem*. Lecząc prócz tego *contractus pigneraticius* tworzy stosunki zobowiązaniowe pomiędzy zastawcą i zastawnikiem chronione zapomością *actio pigneraticia in personam*. Zasadniczy obowiązek z umowy tej powstaje dla zastawnika, który w razie uiszczenia długu jest obowiązany zwrócić rzecz w stanie nieuszkodzonym, a w razie nieuiszczenia długu winien starać się o jak najkorzystniejszą sprzedaż jej i zwrócenie nadwyżki (*hyperocha*) zastawcy; skarga zastawcy w tej sprawie nazywa się *actio pigneraticia (in personam) directa*. Lecząc w pewnych warunkach może również powstać odpowiedzialność zastawcy, gdy np. rzecz zastawiona wyrządziła szkodę zastawnikowi; wówczas ten ostatni posiada *actio pigneraticia contraria*. Ponieważ *pignus* jest ustanowiony w interesie obojga stron, dlatego obie odpowiadają jedna wobec drugiej za *omnis culpa*.

*Contractus innominati*¹. Gdy system klasyczny kontraktów został w swych zasadniczych składnikach opracowany i kontrakty typowe tak realne jak również konsensualne otrzymały określenia prawne i swoje nazwy, życie wytworzyło nowe stosunki, których nie można było podciągnąć pod żaden ze znanych typów. Tak np. pozostała poza temi typami zamiana (*rerum permutatio*); następnie niewiadomo było do jakiego typu zaliczyć umowę, na mocy której jedna osoba daje drugiej rzecz do sprzedaży z tem jednak zastrzeżeniem, aby sprzedała ją nie taniej od pewnej ceny, z prawem zabrania sobie tego co otrzymała wзыwyż (*contractus aestimatorius*). Ponieważ wszystkie tego rodzaju umowy nie podpadały pod żaden uznany przez prawo typ, ani nie odpowiadały

¹ Patrz Pokrowskij, Prawo i fakt w rzymskim prawie, cz. I, § 5.

wymogom żadnej z istniejących skarg, dlatego musiały być rozpatrywane jako *nuda pacta*, jako umowy niezaskarżalne.

Lecz sprawa komplikowała się w tych wypadkach, kiedy jedna ze stron na podstawie takiej umowy już wykonała swoje zobowiązanie, np. przy zamianie rzecz swoją już wręczyła, wtedy nie można było jej zostawić bez żadnej obrony.

Już oddawna w wypadkach tego rodzaju stosowano *condictio* o niesłusznem wzbogaceniu się (*condictio causa data causa non secuta*): osoba, która zamieniła swojego niewolnika Stichą na niewolnika Pamfila, mogła żądać swojego Stichą zpowrotem. Lecz *condictio* ta nie zawsze mogła zadośćuczynić naturalnym wymogom sprawiedliwości: co uczynić, jeżeli np. Stich znajduje się już obecnie w stanie uszkodzonym, albo jeżeli wskutek jego nieobecności w gospodarstwie oddającego powstały jakieś straty? *Condictio* wynagrodzić tych szkód nie była w stanie.

Z tego względu i tu zaczyna się ten sam proces, który widzieliśmy przy rozwoju trzech poprzednich kontraktów realnych. Najpierw przychodzi z pomocą skarga pretorska—*actio in factum*, która, podobnie jak i tam, stoi na stanowisku szkody wyrządzonej przez jedną osobę drugiej i domaga się wynagrodzenia tych powstałych z powodu pozbycia się własnej rzeczy szkód. Cały szereg prawników klasycznych trzyma się tego zapatrywania i dopuszcza w wypadkach tego rodzaju jedynie pretorską *actio in factum* o wynagrodzenie t. zw. *negatywnego interesu umownego*.

Jednocześnie z tym punktem patrzenia powstaje i inny: umowy tego rodzaju zaczynają rozpatrywać się jako rzeczywiste umowy i na ich podstawie prawnicy zaczynają udzielać skargi cywilnej nie tylko o wynagrodzenie szkód powstałych z powodu pozbycia się własnej rzeczy, lecz także o wykonanie przez drugą stronę tego, co przyrzekła, jak w naszym przykładzie o wydanie niewolnika Pamfila, o uiszczenie t. zw. *pozytywnego interesu umownego*. Umowy tego rodzaju wyrażają się zapomocą greckiego wyrazu *synallagma* („esse enim contractum, mówi się w fr. 7. 2. D. 2. 14, quod Aristo συνάλλαγμα dicit, unde haec nascitur actio”). Skarga z takiej umowy nazywała się *civilis incerti actio*

(z intentio „quidquid ob eam rem dare facere oportet ex fide bona”) albo była oznaczana zapomocą opisanie „praescriptis verbis agere”, a to dlatego, ponieważ w jej formułce intentio była poprzedzona przez opisanie okoliczności sprawy (praescriptio).

Jak należało spodziewać się, także tu rozwój zakończył się tem samem co miało miejsce przy commodatum, depositum i pignus, t. j. zwycięstwem tego ostatniego punktu patrzenia. Jeżeli wśród prawników klasycznych spotykamy jeszcze pod tym względem rozbieżność zdań, to za czasów Justynjana i układania Digestów kwestja ta już nie wzbudza wątpliwości: wszystkie podobne umowy są już uznane za rzeczywiste, a kompilatorowie w wielu miejscach, gdzie prawnik mówił o actio in factum, zastosowywali interpolacje albo przez dodanie wyjaśnienia „id est praescriptis verbis” albo przez umieszczenie po wyrazach actio in factum słowa z punktu patrzenia prawników klasycznych wcale nie dającego się pomyśleć „civilis” (fr. 1. 1 i fr. 2, fr. 5. D. 19. 5).

W ten sposób powstały kontrakty bezimiennne. Są one kontraktami realnemi, ponieważ dopiero wówczas może być mowa o zobowiązaniu z nich wynikajacem, gdy jedna strona swój obowiązek już spełniła; do tej chwili będzie to tylko nudum pactum.

Możliwą jest rzeczą, że już prawnicy klasyczni zapoczątkowali, a kompilatorowie ulegalizowali, próbę usystematyzowania wszystkich możliwych contractus innominati na cztery grupy: „do ut des” (np. zamiana), „do ut facias” (np. dającą rzecz w tym celu, aby druga osoba dała wolność swojemu niewolnikowi), „facio ut des” (wyzwalam niewolnika w tym celu, aby druga osoba dała mi jakąś rzecz) i „facio ut facias” (wyzwalam swojego niewolnika w tym celu, aby druga osoba również wyzwoliła swojego).

Przez uznanie kontraktów bezimiennych prawo rzymskie uczyniło znaczny krok naprzód w kierunku sankcjonowania wszelkich umów, w kierunku urzeczywistnienia zasady „pacta sunt servanda”, ale tylko pod tym warunkiem, jeżeli jedna strona już przystąpiła do wykonania takiej umowy nietypowej.

§ 24. 4. KONTRAKTY KONSENSUALNE I T. ZW. PACTA VESTITA

Do kategorii kontraktów, powstających na podstawie zwykłej umowy nieformalnej, należą: kupno-sprzedaż (*emptio-venditio*), najem (*locatio-conductio*), spółka (*societas*) i zlecenie (*mandatum*).

1. *Emptio-venditio*. Jak wiadomo, kupno - sprzedaż w czasach najdawniejszych odbywało się zapomocą *mancipatio*, która była ogólną niezbędną formą dla wszystkich rzeczy. Później stosowano ją tylko do *res mancipi*, a *res nec mancipi* wręczano albo zapomocą *in iure cessio* albo zapomocą nieformalnej *traditio*. Lecz we wszystkich wypadkach istotą zobowiązania był akt rzeczowy wręczenia prawa własności; sama umowa sprzedaży nie miała żadnego znaczenia.

W jaki sposób zostało później uznane zwykłe konsensualne kupno-sprzedaż jest rzeczą sporną¹. Jedna grupa uczonych (*Voigt, Ferrini*) wyprowadza je z tych nieprawnych umów, które korzystały jedynie z obrony *fides*. Drudzy (*Pernice, Huvelin, Costa*) przypuszczają, że początkowo kupno-sprzedaż posiadało charakter rzeczowy i rozwinęło się w sposób analogiczny do *commodatum*, *depositum* i *pignus* (t. j. najpierw *actio in factum*, potem *actio civilis bonae fidei*). Najprawdopodobniejsza jest jednak hipoteza trzecia (*Ihering, Bekker, Girard* i in.). W celu nadania mocy zobowiązaniowej samej umowie sprzedaży strony przyoblekały początkowo swoje przyrzeczenia we wzajemne *stipulationes*: sprzedawca przyrzekał wydać rzecz (*rem dare*), a kupujący zapłacić cenę. Jeszcze w czasie późniejszym spotykamy częste używanie *stipulacji* przy kupnie-sprzedaży, chociaż było to już niepotrzebne. Nadto niektóre zjawiska najłatwiej dają się wytłumaczyć jako pozostałości tych wzajemnych *stipulationes*. Lecz taki stan rzeczy nie mógł w zupełności zadośćuczynić potrzebom obrotu, którego najważniejszą czynnością jest kupno - sprzedaż. Nie mówiąc już o formalnościach *stipulacji*, która wykluczała możliwość zawarcia umowy na dystans (*inter absentes*), dwie samostne *stipulationes* nie mogły wyrazić dwustronnej (*synallagmatycznej*) natury kupna-sprzedaży, przy którym zobowiązanie

¹ Patrz literatura *Costa, Storia del diritto privato*, str. 385 nn

jednej strony związane, uwarunkowane jest zobowiązaniem drugiej. Powoli w obrocie rozwija się pogląd, że *bona fides* wymaga spełnienia umowy i bez *stipulatio*, że już na podstawie zwykłej zgody powstaje dla stron „*dare facere oportere ex fide bona*”, wskutek czego skarga udzielona na to *dare facere oportere* znalazła in iudicio zupełne uwzględnienie. W końcu II wieku przed Chr. rozwój ten zakończył się: przy wyliczaniu *actiones bonae fidei*, podanem przez znanego prawnika Kw. Mucjusza Scewolę (*Cicero. De off.* 3.17. 70), *actio empti venditi* (podobnie jak i skargi z innych kontraktów konsensualnych) już znajduje się.

Po osiągnięciu prawnego uznania, jako kontraktu konsensualnego, *emptio-venditio* nie odrazu otrzymała tę postać, którą posiadała później: wiele jeszcze pozostało do zrobienia dla nauki prawa; wiele z tego, co potem wynikało samo z siebie, strony musiały początkowo omawiać.

Istotnemi składnikami kupna-sprzedaży są przedmiot (*merx*) i cena (*pretium*). Co się tyczy pierwszego, to przedmiotem sprzedaży może być wszystko, co posiada wartość majątkową, a zatem nie tylko rzeczy zmysłowe (nawet przyszłe, np. plon przyszłego roku), lecz także t. zw. *res incorporales* (służebność, wierzytelność, dziedziczenie i t. d.). Cena winna polegać na pewnej określonej kwocie pieniężnej—*pecunia numerata*; w przeciwnym razie umowa nie będzie kupnem-sprzedażą, lecz zamianą. Zresztą należy zaznaczyć, że wśród klasycznych prawników byli tacy, którzy także zamianę chcieli podciągnąć pod pojęcie kupna-sprzedaży (fr. 1. 1. D. 18. 1), lecz zdanie ich zostało odrzucone. Następnie *pretium* winno być *certum*, t. j. określone albo przynajmniej dające się określić („kupuje za kwotę, którą ktoś określi”, „za tyle ile jest w sakiewce”). Dalej *pretium* winno być *verum*, t. j. cena nie powinna być oznaczona tylko dla pozorów, dla ukrycia darowizny. Cenę określa zgodna wola stron; prawo nie wkracza w rozpatrywanie kwestji, czy jest ona sprawiedliwa czy nie: nie wymaga się, aby *pretium* było *iustum* (fr. 22. 3. D. 19. 2: „*In emendo et vendendo naturaliter concessum est, quod pluris sit minoris emere, quod minoris sit pluris vendere, et ita invicem se circumscribere*”). W cza-

sach jednak późniejszych powstał pod tym względem jeden wyjątek: konstytucja ces. Dioklecjana (c. 2. C. 4. 44) daje sprzedawcy nieruchomości, który otrzymał mniej niż połowę rzeczywistej wartości, prawo żądania unieważnienia sprzedaży (t. zw. zasada o *laesio enormis*). Rozporządzenie to, pod wielu względami niejasne, należy do szeregu wspomnianych wyżej środków polityki socjalnej, zapomocą których monarchja absolutna usiłowała walczyć z ogólnym rozstrojem ekonomicznym.

Z umowy kupna-sprzedaży powstaje zobowiązanie dwustronne, przytem równe (*contractus bilateralis aequalis*). Każda strona jednocześnie i koniecznie (nie tylko wypadkowo, jak przy *commodatum* i *depositum*) staje się wierzycielem i dłużnikiem. Dwustronność ta znajduje swój wyraz i w różnej nazwie skarg: niema tu *actio directa* i *contraria*, lecz *actio empti* dla kupującego i *actio venditi* dla sprzedawcy; cała zaś umowa w całości nosi podwójną nazwę *emptio - venditio*.

Dwa te wzajemne zobowiązania są ściśle z sobą związane: jedno istnieje tylko dlatego, że istnieje drugie; jedno z nich jest warunkiem dla drugiego. Na tem polega zasadnicza istota wszelkiej dwustronnej, t. zw. synallagmatycznej umowy. Prawo rzymskie jednak nie od razu przyjęło tę zasadę i nie rozwinęło jej do końca.

Jedną z ważniejszych kwestyj praktycznych pod tym względem była kwestja, czy może jedna strona przed spełnieniem swego obowiązku wnieść skargę przeciwko drugiej, np. kupujący żądać wręczenia rzeczy przed zaplaceniem ceny kupna. W czasie, kiedy *emptio — venditio* była zawierana zapomocą dwóch *stipulationes*, zobowiązanie każdego kontrahenta, ponieważ wynikało z jego sponsio, było niezależne i dlatego musiało być wykonane niezależnie od tego, czy strona przeciwna spełni swoje zobowiązanie, czy nie. Z chwilą, kiedy kupno-sprzedaż stało się kontraktem konsensualnym, pogląd ten odpadł: pozwany mógł bronić się zapomocą t. zw. *exceptio non adimpleti contractus*. Wobec tego, gdy powód występuje ze skargą, to w razie zarzutu ze strony przeciwniej winien albo dowieść, że swój obowiązek wykonał albo

zapropnować wykonanie go obecnie (fr. 13. 8. D. 19. 1: „Offerri pretium ab emptore debet, cum ex empto agitur”; zresztą szczegóły są sporne).

Druga kwestja ściśle z pierwszą związana polega na tem, kto ponosi ryzyko za utratę rzeczy od chwili zawarcia umowy. Jeżeli rzecz nie została zaraz wręczona kupującemu, to jak wiemy i prawo własności w stosunku do niej jeszcze nie przeszło; właścicielem pozostaje sprzedawca. Naturalną jest rzeczą, że odpowiada on wobec kupującego za wszelkie uszkodzenie rzeczy i za jej utratę, jeżeli w tej sprawie zawinił (obie strony przy kupnie-sprzedaży odpowiadają jedna wobec drugiej za omnis culpa). Jeżeli zaś rzecz zaginęła bez jego winy, od zwykłego przypadku, to od odpowiedzialności jest wolny. Prawo rzymskie przyznaje mu nadto prawo żądania od kupującego zapłaty ceny za rzecz, której nie wręczył i wręczyć nie mógł. Zasada ta brzmi „periculum est emptoris” — ryzyko za rzecz kupioną przenosi się od chwili zawarcia umowy na kupującego (§ 3. In. 3. 23.). W przepisie tym odbija się bezwątpienia jeszcze stary porządek rzeczy, kiedy kupno - sprzedaż zawierano w formie dwóch różnych stipulationes, tworzących dwa niezależne od siebie zobowiązania: kupujący powinien był zapłacić, a gdy wystąpił ze swoją skargą, to sprzedawca jako niewinny przy utracie rzeczy od odpowiedzialności był wolny.

Co się tyczy w szczególności obowiązków kontrahentów, to najmniej wątpliwości nasuwają obowiązki kupującego: winien tylko zapłacić cenę kupna. Znacznie więcej złożona była sprawa sprzedającego.

Głównym celem kupna-sprzedaży było naturalnie przeniesienie prawa własności na kupującego. Stąd też pierwszym obowiązkiem sprzedawcy jest wręczenie rzeczy — traditio („vacuum possessionem tradere”); obowiązany jest dostarczyć rzecz kupującemu — habere licere (fr. 30. 1. D. 19. 1.). Lecz co się stanie, jeżeli potem okaże się, że sprzedawca nie był właścicielem i wskutek tego rzecz zostanie odebrana kupującemu (czyli będzie miała miejsce evictio rzeczy)? Wiemy, że przy mancipatio sprzedawca odpowiadał według specjalnej skargi — actio auctoritatis in duplum.

W celu zabezpieczenia kupującego na wypadek *evictio* także w tym wypadku, kiedy kupno-sprzedaż zostało zawarte nie w formie *mancipatio*, zaczęto uciekać się do specjalnej *stipulatio duplae*, zapomocą której sprzedawca przyrzekał kupującemu zwrot podwójnej ceny, jeżeli rzecz zostanie mu odebrana. Z biegiem czasu odpowiedzialność za *evictio* zaczęto uważać jako niezbędny składnik kupna-sprzedaży, tak że, jeżeli nie została ona wykluczona przez specjalną umowę o nieodpowiedzialności, to kupujący nawet później (po zawarciu umowy) mógł zapomocą *actio empti* żądać zawarcia tej *stipulatio*, a jeżeli rzecz była już odebrana, to także zwrotu szkód.

Inną kwestją wysuniętą przez życie w związku z odpowiedzialnością sprzedawcy była odpowiedzialność za wady rzeczy sprzedanej. Dawne prawo cywilne takiej odpowiedzialności wcale nie znało. Z chwilą powstania kupna-sprzedaży w formie *stypulacyjnej*, jeżeli strony chciały ustanowić tę odpowiedzialność, to winny były zawrzeć specjalną umowę również w formie *stipulatio*. Kiedy kupno-sprzedaż stało się kontraktem konsensualnym *bonae fidei*, stopniowo powstał pogląd, że zamilczenie sprzedawcy o wadach, które były mu znane, sprzeciwia się zasadzie *bona fides*: było to zbliżone do oszustwa. Z tego też względu w podobnym wypadku zaczęto dawać kupującemu *actio empti* o zwrot szkód. Lecz za wady ukryte sprzedawca nie odpowiadał.

Ten stan został zmieniony na mocy edyktu edylów kurulnych. Mając nadzór nad obrotem rynkowym, edylowie przepisali, aby sprzedawcy niewolników i zwierząt podawali do wiadomości kupujących o wszystkich wadach wystawionych na sprzedaż przedmiotów. Jeżeliby potem wyszły na jaw jakieś inne niewyjawione wady, to sprzedawca odpowiadał niezależnie od tego, czy wiedział o nich czy nie: powinien był wiedzieć. Kupujący przytem mógł żądać albo zupełnego unieważnienia umowy wraz ze zwrotem rzeczy — *actio redhibitoria* albo odpowiedniego zmniejszenia ceny kupna — *actio quanti minoris*.

Innowacje edyktu edylskiego okazały się tak bardzo praktyczne, że zostały później rozciągnięte na wszystkie inne wypadki kupna - sprzedaży, stały się normą prawa ogólnego¹.

2. Drugą umową, należącą do kategorii kontraktów konsensualnych, jest umowa najmu *locatio - conductio*. Historyczny proces jej rozwoju jest także bardzo sporny. I tu niektórzy przypuszczają, że najem początkowo był kontraktem realnym (*Costa*). Drudzy uważają za pierwotny wzór nieformalnego najmu różne *locationes* państwowe (*Mommesen*). Najlepiej jednak będzie uznać za jego poprzedniczkę w czasach najdawniejszych mancytację fidejucyjną, a później dwie wzajemne *stipulationes* (*Girard*), chociaż nie można odmawiać pod niektórymi względami wpływu *locationes censoriae* (zwykły pięcioletni termin najmu). Następnie bardzo możliwą jest rzeczą, że nie wszystkie rodzaje najmu rozwinęły się jednocześnie. W każdym razie, jak już wspomnieliśmy, za czasów K. Mucjusza Scewoli wszystkie kontrakty konsensualne korzystały ze skarg cywilnych *bonae fidei*.

Odróżnia się trzy rodzaje najmu: a) Najem rzeczy — *locatio-conductio rei*: jedna strona — *locator rei* — jest obowiązana oddać rzecz do użytku, druga — *conductor rei* — obowiązana jest zapłacić umówioną kwotę najmu (*merx*). Nazwa stron prawdopodobnie pochodzi stąd, że pierwotnym rodzajem umowy był najem niewolników i zwierząt wyprowadzanych na rynek: właściciel *locat servum*, a najmobioreca zabiera go, *conducit*. Zapłata za użytkowanie zwykle była wyznaczana w pieniądzu, lecz przynajmniej w czasach późniejszych spotykała się także i w postaci pewnej części produktów rolnych — t. zw. *colonia partiaria* (*colonus* — specjalna nazwa drobnego dzierżawcy gruntu, podobnie jak *inquilinus* — nazwa najmującego mieszkanie). Obie strony odpowiadają jedna wobec drugiej za *omnis culpa*, przyczem jednak w przeciwstawieniu do kupna - sprzedaży, nawet przypadkowa niemożność dostarczenia rzeczy

¹ Patrz najnowsza praca w tej kwestji *Haymann*, *Die Haftung des Verkäufers für die Beschaffenheit der Kaufsache* Bd. 1. 1912. — Recenzja jej *Partsch'a* w *Zeitschr. d. Sav.* — St. f. Rg. Bd. XXX. 1912.

pozbawia locatora prawa żądania zapłaty. Skarga locatora — *actio locati*, a conductora — *actio conducti*.

b) Najem usług wolnego człowieka na pewien czas — *locatio - conductio operarum*: jedna osoba — locator — oddaje do rozporządzenia drugiej — conductora — swoją pracę (*operae*) za pewnem wynagrodzeniem (najem robotnika, woźnicy).

c) Najem dzieła — *locatio - conductio operis*: jedna osoba oddaje drugiej za pewnem wynagrodzeniem swoją pracę potrzebną do wykonania pewnego dzieła (budowa domu, przewóz albo naprawa rzeczy). Nazwy kontrahentów tu zmieniają się: zamawiający dzieło nazywa się *locator operis*, a biorący pracę — *conductor operis*; przyczyna prawdopodobnie polega na tem, że początkowo *locatio - conductio operis* polegała na drobnych zamawianiach, reparacjach i tu majster zabierał rzecz z sobą. Przyczem należy mieć na uwadze, że przy *locatio - conductio operis* koniecznem jest, aby materiał był dany przez zamawiającego dzieło. Jeżeli przedsiębiorca ma zrobić rzecz z własnego materiału, to taka umowa będzie uważana już za kupno-sprzedaż.

Co do dwóch ostatnich rodzajów najmu, to należy zaznaczyć, że w prawie rzymskiem nie osiągnęły one należytego rozwoju. Praca niewolników w znacznym stopniu przeskadzała rozpowszechnieniu się najmu pracy ludzi wolnych i wogóle sprowadzała najem do czegoś mało zaszczytnego. W szczególności odbiło się to na przepisach prawnych odnośnie do *locatio - conductio operarum*. Tylko prace niższego rodzaju mogły być przedmiotem najmu — *operae locari solitae*. Praca nauczyciela, artysty, lekarza i t. d. — *operae liberales* — według zapatrywania Rzymian, nie mogła być oddawana w najem za zapłatę; winna była być bezpłatna. Pogląd ten jednak nie mógł utrzymać się bez zmiany do końca, dlatego też już w okresie cesarstwa znaleziono obejście tych przepisów: wynagrodzenie — *honorarium* — mogło być dochodzone *extra ordinem*.

W dziedzinie przewozu morskiego została dość wczesnie zapożyczona z prawa greckiego t. zw. *lex Rhodia de iactu*. Jeżeli w celu ocalenia okrętu i towaru, część towaru zostanie wrzucona w morze (*iactus*), to szkoda rozkłada

się proporcjonalnie na wszystkich sprawą, ocalenia zainteresowanych, t. j. na właściciela okrętu i pozostałych właścicieli towaru.

3. *Societas* lub umowa spółki. Rozwój historyczny jej niewątpliwie bierze początek od t. zw. *consortium*, t. j. umowy zawartej pomiędzy braćmi po śmierci ojca w sprawie wspólnego prowadzenia gospodarstwa. Pochodzenie to odbija się i w prawie późniejszym, ponieważ wogóle stosunki pomiędzy socii noszą na sobie charakter specjalnej *fraternitas* (fr. 63 pr. D. 17. 2); tak np. socii odpowiadają jeden wobec drugiego tylko za taką troskliwość, jaką zwykli okazywać w stosunku do własnych spraw — za t. zw. *culpa in concreto*, za *diligentia quam suis rebus adhibere solet* (w ten sposób *socius* niedbały nie będzie odpowiadał za swoje zwykłe niedbalstwo, chociaż wobec osób obcych za podobne niedbalstwo będzie odpowiadał).

Z biegiem czasu rozwinęły się następujące rodzaje *societas*. Najobszerniejsza wspólność, wspólność całego majątku (nawet otrzymanego przypadkiem, np. w drodze testamentu od osoby obcej), stanowi *societas omnium bonorum*; jest to bezpośrednie przedłużenie dawnego *consortium*. Więcej ograniczona jest *societas quaestus*: obejmuje tylko majątek nabyty zapomocą czynności gospodarczej (zatem spadki zostają wydzielone). Następnie *societas unius negotiationis*: obejmuje tylko jedną jakąś czynność ekonomiczną, np. wspólne prowadzenie handlu (dobra, domy i in. pozostają wydzielone). I wreszcie najniższy stopień stanowi *societas unius rei*, spółka czasowa w celu wykonania jednej jakiejś sprawy, np. wspólnego kupna majątku.

We wszystkich wypadkach *societas* posiada charakter ściśle osobisty, przestaje istnieć przez śmierć spółnika, a także w każdej chwili może być rozwiązana na żądanie jednego ze spółników. Skarga spółników pomiędzy sobą nazywa się *actio pro socio*.

4. Wreszcie ostatnim kontraktem konsensualnym jest *zlecenie*, *mandatum*: jedna osoba poleca drugiej wykonanie jakiegoś dzieła lub całego szeregu dzieł. *Mandatum* co do swej struktury prawnej ma wiele wspólnego z *commodatum*,

depositum i pignus: jest również umową dwustronną nierówną. Stąd też jedna osoba — dający zlecenie, mandant, posiada actio mandati directa o spełnienie zlecenia albo o zwrot wyrządzonych przez niespełnienie szkód, a druga osoba — mandatarjusz ma actio mandati contraria, np. o wydatki poniesione przy spełnianiu zlecenia. Mandatum także winno być bezpłatne, w przeciwnym razie byłoby najmem osobistym. Nadto mandatum posiada charakter ściśle osobisty: gaśnie przez śmierć mandanta lub mandatarjusza; może być również rozwiązane przez odwołanie ze strony mandanta lub wypowiedzenie ze strony mandatarjusza. Co do swego zakresu mandatum może być różne: może odnosić się tylko do wykonania jakiegoś jednego dzieła (np. wręczenia listu, kupna książki) i w tym wypadku otrzymujący zlecenie nazywa się procurator specialis; może być i ogólniejsze (np. stanowisko zarządzającego) i wówczas mówi się o procurator generalis.

Historja powstania mandatum jest niejasna. Z racji podobieństwa w konstrukcji prawnej, niektórzy (np. *Girard*) przypuszczają, że mandatum przechodziło taki sam proces rozwoju, jak commodatum, depositum i pignus. Inni (np. *Wlassak*, *Costa*) myślą, że mandatum powstało z edyktu pretorskiego de negotiis gestis. Trzeba zaznaczyć, że w przepisach o mandatum niema żadnych śladów charakteru rzeczowego, wskutek czego ostatnie przypuszczenie zdaje się być prawdopodobniejsze.

Specjalnym rodzajem mandatum jest t. zw. mandatum qualificatum lub mandatum pecuniae credendae — zlecenie udzielenia pożyczki lub wogóle otwarcia kredytu osobie trzeciej. W razie nieuiszczenia długu przez tę osobę trzecią, dający pożyczkę, jako osoba poszkodowana, może zwrócić się do mandanta z actio mandati contraria o wynagrodzenie szkód. Wobec tego mandatum pecuniae credendae jest także pewną formą poręki.

Pacta. Wszystkie pozostałe umowy, oprócz wymienionych typowych i t. zw. contractus innominati, są, jak wiadomo,

pacta nuda i nie posiadają zaskarżalności. Jednak *pacta* te nie są zupełnie pozbawione wszelkiego znaczenia. Edykt pretorski, odnoszący się jeszcze do końca drugiego lub początku pierwszego wieku rzeczypospolitej, głosił: „*pacta conventa... servabo*” (fr. 7. 7. D. 2. 14.). Przrzeczenie to jednak nie oznaczało udzielenia zaskarżalności wszystkim *pacta*, lecz oznaczało tylko udzielenie *exceptio pacti* — rodzaj *exceptio doli*. W dalszych dziejach pod wpływem różnych okoliczności niektóre *pacta* otrzymały zaskarżalność, wskutek czego otrzymały nazwę *pacta vestita*. Zwykle odróżnia się trzy ich kategorie: *pacta adiecta*, *praetoria* i *legitima*.

1) *Pacta adiecta*. Są to umowy dodatkowe dołączone do umowy głównej. Należy jednak odróżniać, czy zostały one dołączone przy samym zawarciu umowy głównej — *in continenti*, czy dopiero później — *ex intervallo*. W pierwszym wypadku tworzą część umowy głównej i mogą być urzeczywistniane zapomocą skargi z tej umowy. Tak np. przy sprzedaży zastrzeżono, że w razie, gdyby kupujący chciał sprzedać rzecz, to winien przedewszystkiem zaproponować kupno jej sprzedawcy (prawo pierwokupu — fr. 75. D. 18. 1); w razie niespełnienia tego sprzedawca może wystąpić z *actio venditi*. Albo przy zawarciu *stipulatio* zastrzeżono, że dopóki dłużnik płaci procenty, dług nie będzie ściągany; choćby nawet o tem nie było wzmianki w tekście *stypulacji*, umowa będzie posiadać moc prawną (fr. 4. 3. D. 2. 14). Inaczej przedstawia się rzecz, jeżeli *pactum* zostało dołączone *ex intervallo*. *Pactum* tego rodzaju będzie posiadać znaczenie tylko wówczas, jeżeli ma na celu ulżenie dłużnikowi — *ad minuendam obligationem*, np. umowa o odroczeniu albo wogóle nieściąganiu długu (*pactum de non petendo ad tempus* albo *in perpetuum*). Jeżeli zmienia treść zobowiązania albo powiększa obowiązek dłużnika — *ad augendam obligationem*, to samo z siebie nie posiada znaczenia. Jeżeli strony tego pragną, to winny uskuteczyć *novatio obligationis*, t. j. znieść zupełnie dawne zobowiązanie i zamienić je na nowe. Jak widzimy, *pacta adiecta* w większości wypadków, w których mają znaczenie, korzystają tylko z *exceptio* (która przy *actiones bonae fidei* nawet

domniemywa się). W tych zaś nielicznych wypadkach (pierwszy przykład z prawem pierwokupu), w których korzystają ze skargi, nie są uważane za samoistne pacta, lecz za część składową umowy głównej.

2) *Pacta praetoria*. W niektórych jednak wypadkach pretor w swym edyktie zaopatrzył pacta również w skargę samoistną — *actio in factum*; pacta tego rodzaju nazywają się *pacta praetoria*. Do nich należą: a) *Constitutum debiti*. Z powodu różnych przyczyn dług już istniejący mógł być później potwierdzony przez samego dłużnika (*constitutum debiti proprii*) albo przez osobę trzecią (*constitutum debiti alieni*). Z takiego potwierdzenia powstawała nowa skarga — *actio de pecunia constituta*. Podobne potwierdzenie posiadało szczególne znaczenie wówczas, gdy dotyczyło długu niezaskarżalnego (obiecuje wierzycielowi świadczyć swoją *obligatio naturalis*) albo gdy było dane przez osobę trzecią (obiecuje uiścić wierzycielowi dług jego dłużnika). Ostatni wypadek — *constitutum debiti alieni* — może być także sposobem ustanawiania poręki. b) *Receptum*. Edykt pretorski de *recepto* podaje trzy jego rodzaje: 1) *receptum argentarii*, przyrzeczenie bankiera, że zapłaci czyjś dług — wypadek analogiczny do *constitutum debiti alieni* i przez Justynjanałączony z tem ostatniem; 2) *receptum nautarum, cauponum, stabulariorum*: przyjęcie rzeczy podróжных przez właścicieli okrętów, domów zajezdnych i stajen nakłada na nich zwiększoną odpowiedzialność za przechowanie. Jedynie wówczas byli wolni od odpowiedzialności, gdy szkoda została spowodowana przez siłę wyższą (*vis maior*, t. j. siłę, której oprzeć się nie można było, jak rozbicie okrętu, gwałtowne wylewy, pożar i t. d.); 3) *receptum arbitrii*: jeżeli ktoś przyjął na siebie obowiązek sędziego polubownego, to musiał go spełnić, przyczem jednak pretor zmuszał do tego nie zapomocą skargi, lecz środków władzy administracyjnej.

3) *Pacta legitima*. Niektóre umowy otrzymały za-skarżalność w późniejszym cesarskiem prawie bezpośrednio na mocy przepisu prawa. Do nich należy ustanowienie posagu (*pactum dotis*), lecz najważniejsze było przyrze-

czenie darowizny—*donatio*. *Donatio* może być dokonana w sposób najrozmaitszy: zapomocą bezpośredniego wręczenia rzeczy, darowania długu, przyrzeczenia darowizny; ten ostatni rodzaj nie tylko w okresie rzeczypospolitej, ale także w prawie klasycznem otrzymywał skuteczność prawną tylko wówczas, gdy był dokonany w formie *stipulatio*. Zwykle *pactum donationis* mocy prawnej nie posiadało.

Niezależnie od tego prawo rzymskie już oddawna ustanowiło ograniczenie darowizn. *Lex Cincia*, ustawa z r. 204 przed Chr., zabroniła wogóle darowizn ponad pewną kwotę; tylko niektóre osoby były wolne od tego zakazu (*exceptae personae*—krewni do 6 stopnia — fr. Vat. 298 i nast). *Lex Cincia* była jednak *lex imperfecta*: nie stanowiła następstw w razie niezachowania jej. Z tego względu później pretor zaczął dawać *exceptio* lub *replicatio legis Cinciae*: jeżeli darowizna nie była jeszcze wykonana, a tylko przyrzeczona (zapomocą *stipulatio*), to przeciwko skardze o wykonanie darczyńca miał *exceptio*. Jeżeli darowizna była już wykonana, to darczyńca mógł żądać jej zwrotu, a na zarzut z racji dokonania darowizny mógł przeciwstawić *replicatio legis Cinciae*. *Exceptio* i *replicatio legis Cinciae* gasły jednak przez śmierć darczyńcy: jeżeli darczyńca umarł, nie zażądawszy zwrotu, to spadkobiercy jego nie mogli żądać unieważnienia darowizny.

Za czasów monarchji absolutnej *lex Cincia* wyszła już z użycia, lecz wzamian za to została ustanowiona dla aktów darowizny t. zw. *insinuatio* sądowa; o wszelkiej darowiznie należało zawiadomić sąd i wciągnąć ją do ksiąg. Przepis ten wprowadził cesarz Konstancjusz Chlorus, a Konstantyn potwierdził. Lecz Justynjan ograniczył potrzebę insynuacji jedynie do darowizn ponad 500 solidi; przyrzeczenie darowizny poniżej tej sumy było skuteczne i bez tej formalności. Dzięki temu także zwykle *pactum donationis* otrzymało zaskarżalność.

Tak przedstawia się rozwój rzymskiego systemu zobowiązań z umów. Widzimy, że szedł on licznemi i rozmaitemi drogami; każdy typ umowy rozwijał się samoistnie, chociaż nie bez związku z innemi. Wkońcu, niezależnie od zasadniczego

uznania tylko umów typowych, prawo rzymskie za czasów Justynjana już tak rozszerzyło system zobowiązaniowy, że prawie każda umowa otrzymała w nim obronę prawną. Z jednej strony do tego prowadziło ogólne uznanie *contractus innominati*: jeżeli jeden kontrahent zobowiązanie swoje wykonał, to kwestja, czy umowa odpowiada jakiemuś typowi odpada i drugi kontrahent może żądać spełnienia umowy. Z drugiej strony do tego prowadziło ułatwienie zawierania stypulacji: od czasu jak do jej zawarcia nie wymagano dawnych stereotypowych wyrażen, każda umowa zawierana *inter praesentes* może być uważana za *stipulatio*. W ten sposób przytoczone wyżej słowa edyktu pretorskiego „*pacta conventa servabo*” znalazły, jeżeli nie zupełne, to w każdym razie prawie zupełne, jeżeli nie zasadnicze, to praktyczne urzeczywistnienie.

B. ZOBOWIĄZANIA POZAUMOWNE.

§ 25. ZOBOWIĄZANIA Z PRZESTĘPSTW.

Zobowiązania z przestępstw, poczynszyszy od drugiej połowy rzecyzospolitej, także ulegają bardzo istotnym zmianom. Z jednej strony ulegają reformie przestępstwa dawnego prawa cywilnego, a z drugiej edykt pretorski powołuje do życia nowe. Odpowiedzialność za przestępstwa wyzwała się z pod bardzo surowych pierwiastków dawnej zemsty. Obok odpowiedzialności w postaci kary (*actiones poenales*) w pewnych wypadkach powstaje zwykły obowiązek wynagrodzenia wyrządzonej szkody (*actiones rei persecutoriae*); czasem wynagrodzenie szkody i kara łączą się w jednej skardze (*actiones mixtae*). Lecz dawne zapatrywanie na odpowiedzialność za przestępstwa, jako odpowiedzialność ściśle osobistą, wyraża się jeszcze w tem, że w zasadzie i obecnie spadkobierca delinkwenta odpowiada tylko do wysokości wzbogacenia się z danego konkretnego przestępstwa (Gai. IV. 112: „*Est certissima iuris regula ex maleficiis poenales actiones in heredem nec competere nec dari solere*”; fr. 38. D. 50. 17). Najpierw zobaczmy jakie zmiany zaszły w dziedzinie przestępstw dawnego prawa cywilnego.

I. Przestępstwa prawacywilnego. 1) *Iniuria*. Przepisy ustaw XII tablic o *iniuria* zostały radykalnie

zmienione przez edykt pretorski. Przytem edykt uogólnił kazuistyczne normy tych ustaw (*edictum generale*), a przez to dał możność nauce prawa rozwijania i rozszerzania samego pojęcia iniuria, rozciągając je prawie na każde umyślne nieuszanowanie osobowości ludzkiej, Jednocześnie uległy zmianie skutki przestępstwa. Zasada odwetu uznawana przez ustawy XII tablic w wypadkach *membrum ruptum* ostatecznie skończyła swój żywot; stałe taksy kar (300 asów, 25 asów) nie liczyły się z warunkami poszczególnego konkretnego wypadku, a nadto z rozwojem bogactw okazały się zbyt niskie (Aulus Gellius — 20. 1.13—wspomina o pewnym L. Veratius, który uważał za przyjemność (*pro delectamento habebat*) chodzenie po ulicach i wymierzanie policzków; za nim szedł niewolnik z woreczkiem napełnionym pieniędzmi i wypłacał każdemu po 25 asów). Wskutek tego edykt pretorski zniósł taksy stałe, a ustanowił *actio iniuriarum aestimatoria*. W razie iniuria atrox pretor w każdym konkretnym wypadku sam określał wysokość kary, na którą winien być skazany oskarżony; w innych wypadkach określał ją sędzia *in iudicio*.

Obok tej odpowiedzialności cywilnej z biegiem czasu powstaje odpowiedzialność karna. *Lex Cornelia de iniuriis* ustanowiła ją dla wypadków *pulsare, verberare, vi domum introire*; późniejsze ustawodawstwo cesarskie rozszerzyło ją również na inne wypadki, wskutek czego w prawie późniejszym poszkodowany mógł zawsze wybierać pomiędzy *actio aestimatoria*, a skargą karną (§ 10. In. 4. 4: „*In summa sciendum est de omni iniuria eum, qui passus est, posse vel criminaliter agere vel civiliter*”).

2. *Furtum*. Najważniejszą reformą w dziedzinie furtum było zniesienie odpowiedzialności osobistej (*ductio ze* wszystkimi jej następstwami) we wszystkich tych wypadkach, w których według dawnego prawa miała miejsce, t. j. przy furtum manifestum i przy *quaestio lance et licio*. Dla wszystkich tych wypadków pretor ustanowił odpowiedzialność *in quadruplum* (*actio furti manifesti, actio furti prohibiti i non exhibiti*). Pozostałe skargi — *actio furti nec manifesti in duplum, actio furti concepti i oblati in triplum* — pretor zatrzymał. W okresie jednak cesarstwa re-

wizja prywatna, a zarazem i wszystkie związane z nią skargi wychodzą z użycia, tak że wkońcu pozostaje tylko *actio furti manifesti in quadruplum* i *a. furti nec manifesti in duplum*.

Lecz skargi te mają tylko charakter karny; są *actiones poenales*. Mimo to poszkodowany mógł zawsze jeszcze żądać zwrotu rzeczy skradzionej zapomocą *rei vindicatio*, a jeżeli złodziej już jej nie posiadał, to wartości jej zapomocą specjalnej *condictio furtiva*.

3. *Damnum iniuria datum*. Odpowiedzialność za zniszczenie lub uszkodzenie rzeczy cudzych została na nowo określona na podstawie specjalnej ustawy Akwiljusza, *lex Aquilia*, z r. 287 przed Chr. Ustawa ta zawierała w sobie trzy rozdziały. Rozdział pierwszy stanowił, że ten kto zabije cudzego niewolnika lub „*animalia quae pecudum numero sunt*” (t. j. zwierzę należące do kategorii *pecus*: konie, woły, owce i t. d.), winien zapłacić właścicielowi najwyższą wartość, jaką ta rzecz miała w ciągu ostatniego roku. Rozdział drugi mówił o odpowiedzialności adstypulatora, który wyrządził szkodę stypulatorowi przez niesłuszne darowanie długu. Rozdział trzeci wracał znowu do kwestji uszkodzenia rzeczy i głosił, że ten, kto rani cudzego niewolnika lub *pecus* albo zniszczy jakąś inną rzecz, winien wynagrodzić właścicielowi najwyższą jej wartość w ciągu ostatniego miesiąca. Przytem *lex Aquilia* ustanowiła, zdaje się, wzmiankowaną odpowiedzialność w formie *manus iniectio* („*damnas esto*”; stąd później dla *actio legis Aquiliae* zachowała się zasada, że w razie zaprzeczania pozwany bywał zasądzony in *duplum*: *lis infitiando crescit in duplum*). Wynagrodzenie najwyższej wartości, jaką rzecz miała w ciągu ostatniego roku lub miesiąca, początkowo nosiło charakter jedynie sposobu określania szkód; lecz niewątpliwie czasem ta najwyższa wartość mogła stać się dla pozwanego także karą (w granicach różnicy pomiędzy najwyższą ceną, a teraźniejszą wartością). Na tej zasadzie Justynjan zaliczył tę skargę do *actiones mixtae*. Do odpowiedzialności według *lex Aquilia* nie było konieczne, aby szkoda była wyrządzona umyślnie (*dolo*); wystarczyło zwykle niedbalstwo (*culpa levis*).

Lex Aquilia stała się podstawą dla dalszych prac nauki prawa. Ustawa ta ograniczała pojęcie *damnum iniuria datum* do bardzo wąskich ram: zgodnie z jej tekstem do odpowiedzialności konieczne było *damnum corpore corpori datum*, t. j. uszkodzenie rzeczy zmysłowej, dokonane zapomocą bezpośredniego fizycznego oddziaływania na nią (*frangere, rumpere*). Inne wypadki, np. otrucie niewolnika lub umorzenie głodem zwierzęcia, pozostawały już poza zakresem tego pojęcia: tu było nie „*occidere*”, lecz tylko „*causam mortis praestare*” (fr. 7. 6. D. 9. 2; Gai. III. 219).

Z tego względu w nauce prawa powstała kwestja, co należy czynić w wypadkach nie podpadających pod *lex Aquilia* i pod tym względem wśród prawników klasycznych powstały dwa kierunki¹. Jedni z nich przypuszczali, że wszystkie wypadki tego rodzaju należy podciągać pod zasady *lex Aquilia* i dawali tu *actio legis Aquiliae utilis* — skargę z *condemnatio* na najwyższą wartość rzeczy i z podwojeniem w razie *infinitio*. Drudzy natomiast woleli udzielać w tym wypadku skargi pretorskiej *actio in factum* (zbliżonej do *actio doli*) o zwykłe wynagrodzenie szkód; przy tej skardze nie było podwojenia odpowiedzialności, lecz zato nie było i ograniczenia jej do najwyższej wartości w ciągu roku lub miesiąca (ponieważ szkody mogą być wyższe, niż różnica pomiędzy teraźniejszą wartością, a dawniejszą). Za czasów Justynjana, zdaje się, wahania te zostały rozstrzygnięte w ten sposób, że we wszystkich wypadkach, w których szkoda została wyrządzona samej rzeczy (*damnum corpori datum*), niezależnie od tego w jaki sposób (choćaby i nie *corpore datum*), odpowiedzialność określano według zasad *lex Aquilia*. W innych wypadkach, w których rzecz fizycznie zostaje nieuszkodzona, a tylko ginie dla swego właściciela (np. rzucam czyjaś rzecz w morze), gdzie w rzeczywistości nie ma *damnum corpori datum*, udzielano *actio in factum* (§ 16. In. 4. 3).

II. Przestępstwa prawa pretorskiego. Nadzwyczajne rozluźnienie porządku społecznego w ostatnim stuleciu rzeczypospolitej wywołało ze strony pretorów zwiększe-

¹ Pokrowskij, Prawo i fakt, cz. I, § 7.

nie czujności i doprowadziło do ustanowienia nowych rodzajów przestępstw.

1. *Rapina, rabunek*. Z punktu patrzenia prawa cywilnego rabunku nie odróżniano od furtum, stąd też sprawca jego odpowiadał jako fur manifestus albo jako fur nec manifestus zależnie od tego, czy został schwytany na gorącym uczynku, czy nie. W praktyce prowadziło to do tego, że sprawca rabunku zwykle odpowiadał jako fur nec manifestus, gdyż zazwyczaj zdołał się ukryć. W celu zwiększenia represji pretor Lukullus, w. r. 76 przed Chr., ustanowił specjalną skargę — *actio vi bonorum raptorum in quadruplum*. Skarga ta początkowo prawdopodobnie była skargą czysto karną (t. j. oprócz niej była dozwolona *rei vindicatio* i *condictio furtiva*), lecz za Justynjana stała się już *actio mixta* (pr. In. 4. 2: „*In quadruplo inest rei persecutio, ut poena tripli sit*”). W każdym razie po upływie roku od dnia rabunku odpowiedzialność zmniejszała się do zwykłego wynagrodzenia szkód.

2. *Metus, bojaźń*. Jeżeli ktoś zapomocą groźby skłonił drugą osobą do dania jakiejś wartości, to stosownie do edyktu pretora Oktawjusza, mniej więcej z tegoż czasu pochodzącego, podlegał *actio quod metus causa* z odpowiedzialnością także *in quadruplum*. Skarga ta jest *actio arbitraria*, stąd też jeżeli pozwany na wezwanie sędziego zwróci dobrowolnie to co otrzymał, to od odpowiedzialności będzie wolny.

3. *Dolus, podstęp, oszustwo*. Dla wypadków tego rodzaju pretor, a zarazem znany prawnik Aquilius Gallus, w 66 r. przed Chr., ustanowił infamującą skargę — *actio doli* — opiewającą na zwykłe wynagrodzenie szkody. W niektórych wypadkach, w celu usunięcia infamujących następstw, *actio doli* była zamieniana na zwykłą *actio in factum*. *Actio doli* podobnie jak i zbliżona do niej *actio in factum* zostały później przez prawników klasycznych rozciągnięte także na te wypadki, dla których szukano odpowiedniej skargi. Dzięki nadzwyczajnej elastyczności pojęcia *dolus* można było z łatwością podciągnąć pod nie najróżnorodniejsze stosunki, z tego też względu *actio doli* i *actio in factum* w znacznym stopniu odgrywały rolę skarg pomocniczych.

Wymienione rodzaje tworzyły całkowity system przestępstw późniejszego prawa rzymskiego. Jak widzimy, to i tu system został zbudowany nie na jakimś jednym ogólnym pojęciu przestępstwa, lecz na poszczególnych jego typach. W celu otrzymania skargi o wynagrodzenie szkody trzeba było podciągnąć ją pod jeden z tych typów. Zresztą także w tej dziedzinie (podobnie jak przy kontraktach) późniejsze prawo rzymskie, zawdzięczając szczególnie wspomnianym *actio doli* i *actio in factum*, w praktyce zadośćczyniło prawie wszystkim potrzebom życiowym swego czasu.

§ 26. QUASI — KONTRAKTY I QUASI — PRZESTĘPSTWA.

Kontrakty i przestępstwa nie obejmowały całej niezliczonej różnorodności zobowiązań, stąd też, jak wiemy, nauka prawa i Justynjan usiłowali wszystkie zobowiązania poza kontraktami i przestępstwami sprowadzić do dwóch kategorii: quasi—kontraktów i quasi — przestępstw. Wyżej już zaznaczyliśmy, że systematyka ta nie wytrzymuje krytyki naukowej: sprowadzenie wszystkich *obligationes ex lege*, wszystkich „*variae causarum figurae*”, do jakichś ogólnych zasad jest rzeczą wprost niemożliwą. Niektóre jednak z rzymskich quasi—kontraktów i quasi—przestępstw zasługują na wzmiankę.

1) *Obligatio quasi ex contractu* (Inst. 3. 27). Odnoszą się tu przede wszystkim: a) Skargi z powodu niesłusznego wzbogacenia się—*condictiones sine causa* w szerszym tego słowa znaczeniu. *Condictio* wyprowadza swój początek od *legis actio per condictio-nem* i jest skargą abstrakcyjną *stricti iuris* opiewającą na *dare oportere*. Skarga ta była zastosowywana do najróżnorodniejszych stosunków; widzieliśmy jej zastosowanie przy *mutuum*, przy kontraktach literalnych, *stipulatio*. Tę samą skargę nauka prawa zastosowywała również w tych wypadkach, jeżeli ktoś wzbogacił się niesłusznie cudzym kosztem, jeżeli ktoś posiadał cudzą rzecz *sine causa*. W związku z tem powstało pytanie, kiedy można powiedzieć, że ktoś wzbogacił się cudzym kosztem bez słusznej przyczyny—*sine causa*, zachodzą bowiem wypadki, w których jedna osoba wzbogaca się kosztem drugiej, a jednak prawo w wypadkach tych niesłusz-

nego wzbogacenia nie widzi (np. przy darowiźnie, wygodzeniu i t. d.). Nie dając żadnego ogólnego zasadniczego rozstrzygnięcia tej kwestji, rzymska nauka prawa powoli ustanowiła następujące wypadki niesłusznego wzbogacenia: 1) *Condictio indebiti*—zapłata długu nieistniejącego: jedna osoba płaci drugiej dług, będąc w błędnem mniemaniu, iż jest dłużnikiem. Osoba, która zapłaciła, może żądać zwrotu sumy zapłaconej. 2) *Condictio ob causam datorum* albo *condictio causa data causa non secuta*: jedna osoba świadczy cośkolwiek drugiej w tym celu, aby druga coś spełniła. W razie niespełnienia powstaje obowiązek zwrotu tego, co się otrzymało. Widzieliśmy już tę *condictio* przy rozpatrywaniu historii *contractus innominati*. 3) *Condictio ob iniustam* lub *ob turpem causam*: daje się coś dla osiągnięcia celu zabronionego przez prawo (*causa iniusta*, np. płaci się procenty ponad normę ustawową) albo osiągnięcia celu przeciwnego dobrym obyczajom (*causa turpis*; lecz *turpitude* nie powinna mieć miejsca po stronie dającego). 4) Cały szereg innych wypadków, których nie można było podciągnąć pod wyliczone *condictiones*, pozostawał pod ogólną nazwą *condictiones sine causa* (np. wypadek pożyczki od małoletniego: pożyczka, jako umowa, była nieważna, lecz otrzymujący ją wzbogacił się *sine causa*). Za podstawę charakterystyki wszystkich wypadków niesłusznego wzbogacenia się, jako quasi—kontraktu, posłużyło pewne ogólne podobieństwo stosunków z nich wynikających do stosunków przy *mutuum*.

b) *Negotiorum gestio*—prowadzenie cudzych spraw bez zlecenia: np. przedsięwzięcie koniecznego remontu domu podczas nieobecności jego właściciela. W pewnych warunkach (*negotium utiliter gestum*) *negotiorum gestor* ma prawo żądania zwrotu poniesionych wydatków, do czego przysługuje mu *actio negotiorum gestorum contraria*. Z drugiej strony właściciel—*dominus negotii*—posiada *actio negotiorum gestorum directa* z racji wyrządzonych mu szkód i t. p. (fr. 3. pr. D. 3. 5, fr. 5. pr. D. 44. 7). Stosunki, wynikające z *negotiorum gestio*, pod wielu względami są analogiczne do *mandatum*. Skargi dla *negotiorum gestio* początkowo zostały

ustanowione przez edykt pretorski, lecz w epoce prawników klasycznych są one już *actiones in ius i bonae fidei*¹.

Oprócz skarg opartych na niesłusznem wzbogaceniu się i *negotiorum gestio*, do zobowiązań quasi ex contractu należała jeszcze przypadkowa wspólność majątkowa, t. zw. *communio incidens* (np. przy połączeniu się wina, należącego do różnych osób), gdzie stosunki układają się podobnie jak przy *societas*; stosunki pomiędzy opiekunem i pupilem — *tutela*; tudzież stosunki pomiędzy dziedzicem i legatarjuszem z powodu *legatów*.

2) Z *obligationes quasi ex delicto* wymienić należy: a) Odpowiedzialność sędziego wobec stron za niedbałe wypełnienie swoich obowiązków na mocy zasady *iudex litem suam facit* (patrz t. I § 25). b) *Actio de effusis et deiectis*: jeżeli z domu zostanie coś wylane lub wyrzucone na plac lub ulicę i przez to zostanie komuś wyrządzona szkoda, to właściciel mieszkania odpowiada za tę szkodę, chociażby nawet nie był bezpośrednim jej sprawcą. c) *Actio de positis et suspensis*: pretor udzielał każdemu *actio popularis* przeciwko właścicielowi domu, jeżeli przy tym domu coś postawiono lub zawieszono w ten sposób, że mogło upaść i wyrządzić przechodniom szkodę (źle zawieszony napis); skarga opiewa na karę 10 solidi. d) Skarga przeciwko *nautae, caupones* i *stabularii* za *dolus* lub *furtum* popełnione przez ich służbę na okręcie, w domu zajezdnym lub stajni w stosunku do podróżnych (Inst. 4. 5).

Ilość stosunków, któreby dla takiej samej podstawy logicznej mogły być zaliczone do quasi—kontraktów lub quasi—przestępstw, mogłaby być wielokrotnie powiększona, lecz podobne wyliczanie nie miałoby żadnego teoretycznego ani praktycznego znaczenia. Wszystkie zobowiązania poza kontraktami i przestępstwami najlepiej można poznać w związku z temi podstawowymi instytucjami, z którymi pozostają one w łączności (w związku z instytucją opieki, testamentu, ze stosunkami małżeńskimi, rodzinnymi i t. d.).

¹ Najnowsze studjum o *negotiorum gestio*—J. *Partsch*, *Studien zur negotiorum gestio*, 1913.

C. ZGAŚNIĘCIE I PRZENIESIENIE ZOBOWIĄZAŃ.

§ 27. ZGAŚNIĘCIE ZOBOWIĄZAŃ

Ogólną zasadą dawnego prawa rzymskiego w sprawie zgaśnięcia zobowiązań była zasada *contrarius actus*. Podobnie jak zobowiązanie nie mogło powstać na mocy zwykłej umowy albo zwykłego wręczenia rzeczy lub pieniędzy, lecz konieczny był akt formalny *per aes et libram*, *stipulatio* i t. p., tak samo nie mogło zgasnąć inaczej, jak tylko zapomocą takiego samego aktu formalnego, ale o treści przeciwnej. „*Prout quidque contractum est, ita et solvi debet*” mówi prawnik czasów klasycznych Pomponjusz (fr. 80 pr. D. 46. 3). Zwykłe spełnienie, zwykła zapłata, nie wystarczały do zniesienia węzła zobowiązaniowego. Wskutek tego, jak wiemy, *nexum* winno gasnąć zapomocą aktu *per aes et libram*, przy którym mówi i działa dłużnik, mianowicie oświadcza, że jest wolny i wręcza wierzycielowi kawałek kruszcu na znak zapłaty. Dla tej samej racji zobowiązanie *stipulacyjne* winno gasnąć zapomocą przeciwnego aktu słownego — *acceptilatio verbis*: dłużnik pyta wierzyciela „*quod ego tibi debeo, habesne acceptum?*”, na co wierzyciel odpowiada „*habeo*”. Podobnie pisemny dług księgowy gasł zapomocą *acceptilatio litteris*, t. j. poczynienia adnotacji o otrzymaniu długu w rubryce „*acceptum*”.

Wszystkie te akty formalne zgaśnięcia zobowiązań były w swej istocie aktami abstrakcyjnymi, stąd też mogły być stosowane nie tylko przy rzeczywistym spełnieniu zobowiązania, nie tylko przy rzeczywistej zapłacie, lecz także przy różnych innych *causae liberationis*, jak np. zrzeczeniu się długu.

Z biegiem czasu otrzymuje uznanie zwykła zapłata, zwykła *solutio*. Prawdopodobnie najpierw odnośnie do zobowiązań nieformalnych, powstających *re*, t. j. najwcześniej w stosunku do *mutuum* nieformalnego: skoro zobowiązanie dłużnika opiera się na tej podstawie, że w jego majątku znajduje się jakaś wartość wierzyciela, to w razie zapłaty długu podstawa ta sama przez się przestaje istnieć. Uznanie

zwykłej solutio było także rzeczą naturalną w odniesieniu do obligationes bonae fidei: żądanie powtórnej zapłaty tylko dla tej racji, że pierwsza zapłata nie odbyła się według formy cywilnej, sprzeciwiało się bona fides. Zczasem zwykła zapłata nabywa umarzającej mocy i w stosunku do zobowiązań formalnych (stipulatio) — początkowo prawdopodobnie zapomocą exceptio, a później (przy końcu rzeczypospolitej) także ipso iure.

Bardzo wczesnie przyjmuje się zwyczaj potwierdzania uiszczenia długu zapomocą pokwitowań pisemnych. Wzrost znaczenia dokumentów pisemnych w okresie cesarstwa wogóle doprowadza również do wzrostu mocy dowodowej tych pokwitowań. W razie wydania pokwitowania w nadziei zapłaty, jeżeli w rzeczywistości zapłata potem nie miała miejsca, wierzyciel posiada także querela non numeratae pecuniae w ciągu terminu ustawowego. Jednak obowiązku potwierdzania zapłaty zapomocą pokwitowania nie było. Dopiero Justynjan nakazał, aby przy zobowiązaniu zawartem w formie pisemnej wymagano albo pokwitowania pisemnego albo uiszczenia długu w obecności 5 świadków (c. 18. C. 4. 20).

Od czasu uznania nieformalnej solutio dla wszystkich zobowiązań, akt formalny acceptilatio był używany prawie wyłącznie przy zrzeczeniu się długu. Lecz i tu obok formalnego zrzeczenia się powstało nieformalne — w postaci pretorskiego pactum de non petendo, które dawało dłużnikowi exceptio pacti. To pactum de non petendo posiadało nadto tę dobrą stronę, że dopuszczało różnego rodzaju omówienia. I tak np. możliwe było pactum de non petendo pod pewnym warunkiem, możliwe było pactum de non petendo in perpetuum, t. j. zrzeczenie się długu na zawsze oraz pactum de non petendo ad tempus, czyli odroczenie długu. Przy zobowiązaniach z kilku współuczestnikami (kilku dłużników) możliwe było zrzeczenie się długu względem wszystkich — pactum de non petendo in rem albo tylko względem danej osoby — pactum de non petendo in personam.

Oprócz zgaśnięcia zobowiązania na mocy jednostronnego zrzeczenia się wierzyciela, dwustronne kontrakty konsensualne

mogą gasnąć na mocy dobrowolnej zgody obydwóch kontrahentów — *contrarius consensus*.

Następnie zobowiązanie może zgasnąć zapomocą odnowienia — *novatio*: dawne zobowiązanie na skutek zgody stron zamienia się na nowe, co zwykle odbywało się zapomocą *stipulatio*. Cele nowacji mogą być różne. Przede wszystkim możliwa była *novatio* z jednoczesną zmianą uczestników zobowiązania — *novatio inter alias personas*. Np. wierzyciel pragnie przekazać swoją wierzytelność drugiej osobie (*delegatio*); wtedy ta druga osoba pyta dłużnika: „*Quod tu Titio debes, spondesne mihi dare?*”, na co dłużnik odpowiada „*spondeo*”. Albo dłużnik pragnie na swoje miejsce podstawić inną osobę (*expromissio*); wtedy wierzyciel zapytuje nowego dłużnika: „*Quod mihi Titius debet, spondesne dare?*”, na co ostatni odpowiada „*spondeo*”. W obydwóch wypadkach dawne zobowiązanie gaśnie całkowicie, a wzamian za nie powstaje nowe.

Lecz możliwa była *novatio* i bez zmiany osób — *novatio inter easdem personas*: strony wnoszą na skutek zobopólnej zgody do zobowiązania pewne zmiany. Ponieważ późniejsze *pacta* (*pacta ex intervallo*), według ogólnej zasady, nie posiadały żadnej mocy prawnej, wskutek tego niezbędna była *novatio*. Wierzyciel, udzielając odroczenia dłużnikowi, pragnie np. zamienić posiadaną przezeń skargę *bonae fidei* na skargę surowszą ze *stipulacji*: „*Quod tu mihi ex empto debes, spondesne dare?* — *spondeo*”. Bardzo często używano *novatio* do celów likwidacji całego szeregu stosunków prawnych pomiędzy stronami na wzór *transscriptio a re in personam* kontraktów literalnych: osoby, znajdujące się pomiędzy sobą w stosunkach prawnych, przy końcu np. roku obliczają się i po zlikwidowaniu dawnych stosunków na ich miejsce umieszczają jedno nowe zobowiązanie. Formułka takiej *stipulatio* likwidacyjnej została opracowana przez znanego prawnika Akwiljusza Gallusa (*stipulatio Aquiliana*). Po likwidacji mogła następować także *acceptilatio* (fr. 18. 1. D. 46. 4).

W prawie późniejszym zobowiązanie mogło gasnąć także zapomocą potrącenia dwóch wzajemnych wierzytelności — *compensatio*. Czasy wcześniejsze tego ro-

dzaju zgaśnięcia zobowiązania nie znają: każdy stosunek zobowiązaniowy wymagał w razie sporu odrębnego postępowania sądowego. Powoli jednak i to z wielkim trudem *compensatio* dostała się do prawa rzymskiego.

Okres *rescypopolitej* i pierwsze czasy cesarstwa znają potrącenie wzajemnych wierzytelności tylko w nielicznych wyjątkowych wypadkach: a) Przy zobowiązaniach *bonae fidei* sędzia mógł według swego uznania, zasądzając pozwanego, potrącić jego wzajemne wierzytelności, wynikające z tego samego stosunku prawnego (*ex eadem causa*: np. zasądzając kupującego na zapłatę ceny kupna, potrącić z niej szkody wyrządzone przez niedostarczenie rzeczy na swój czas). b) *Argentarius*, wnosząc skargę przeciwko swojemu klientowi, winien był sam potrącić wszystkie wzajemne wierzytelności tego ostatniego — *cogitur cum compensatione agere*: w ten sposób jego skarga będzie jednocześnie całkowitą likwidacją wszystkich pomiędzy nimi stosunków prawnych. c) *Bonorum emptor*, t. j. nabywca majątku dłużnika upadłego, wnosząc skargę przeciwko jego dłużnikom, obowiązany był *cum deductione agere*, t. j. potrącić wzajemne wierzytelności, jakie pozwany miał do upadłego dłużnika. Lecz były to tylko wyjątki.

Ten stan rzeczy zmienia się od czasów ces. Marka Aurelego. Na mocy jego reskryptu pozwany może we wszystkich wypadkach żądać potrącenia swej wzajemnej wierzytelności, chociażby pochodziła *ex alia causa*, zapomocą *exceptio doli*, ponieważ „*dolo facit qui petit, quod redditurus est*” (fr. 173. 3. D. 50. 17). Pozwany, który chciał kompensować, winien był zawiadomić o swojej wierzytelności jeszcze *in iure* i żądać umieszczenia w formułce *exceptio doli*, ponieważ bez tego *iudex* sam *in iudicio* nie weźmie pod uwagę jego wzajemnej wierzytelności. Z drugiej strony na mocy ogólnego znaczenia ekscepcji, jako ujemnego warunku kondemnacji, jeżeli taka *exceptio doli* będzie umieszczona w formułce, to zawsze doprowadzi do zupełnego uwolnienia pozwanego — nawet wtedy, gdy wzajemna wierzytelność będzie znacznie mniejsza od wierzytelności powoda. Z tego względu zgłoszenie przez pozwanego *exceptio doli* zwykle

zmuszało powoda do ograniczenia swojej skargi jedynie do sumy pozostałej po odtrąceniu wzajemnych długów.

Z chwilą wejścia w życie postępowania nadzwyczajnego, nie znającego ani formułek ani podziału na *ius* i *iudicium*, *compensatio* nie jest już związana z momentem rozpoczęcia procesu, lecz może być zgłoszona w jakimkolwiek jego stadium. Z drugiej strony odpadła również formalna podstawa do zupełnego uwolnienia pozwanego, jeżeli jego wzajemna wierzytelność była mniejsza, niż wierzytelność powoda. Z tego względu Justynjan postanowił, aby sędzia w tych wypadkach zasądzał pozwanego jedynie na zapłatę różnicy (§ 30. In. 4. 6). Przytem jeżeli pozwany zgłosił pretensję o potrącenie, to obliczenie odbywało się tak, jak gdyby obie wzajemne wierzytelności gasły już w momencie powstania ich wzajemności (*compensabilitas*); oznacza się to zapomocą wyrażenia „*ipso iure compensatur*”.

Z innych sposobów zgaśnięcia zobowiązań warto wspomnieć o *confusio* (połączenie się w jednej osobie długu i wierzytelności, np. wskutek dziedziczenia), o zgaśnięciu niektórych z nich przez śmierć (czynnie nie dziedziczy się np. skargi z *iniuria*; biernie nie dziedziczy się, jak już zaznaczyliśmy, *actiones poenales*) i wreszcie o zgaśnięciu skargi wskutek *litiscontestatio* albo wskutek jej przedawnienia. Dawne skargi cywilne wcale nie przedawniały się — były to *actiones perpetuae*; skargi pretorskie natomiast zawsze ograniczały się do pewnego dłuższego lub krótszego czasu — *actiones temporales*. Cesarz Teodozjusz ustanowił ogólne umarzające przedawnienie w ciągu 30 lub 40 lat. Lecz zgaśnięcie skargi przez przedawnienie nie pociągało za sobą zupełnego zniesienia zobowiązania: sprowadzało się tylko do *obligatio naturalis* (zresztą jest to rzeczą sporną).

§ 28. PRZENIESIENIE ZOBOWIĄZAŃ.

W epoce najdawniejszej, kiedy zobowiązanie tworzyło węzeł ściśle osobisty pomiędzy dwiema osobami, o żadnem przeniesieniu wierzytelności lub długu nie mogło być mowy. Dopiero wówczas, gdy przy zobowiązaniu coraz bardziej za-

czął występować na plan pierwszy pierwiastek majątkowy, mogła powstać potrzeba podobnego przeniesienia oraz myśl o jego zrealizowaniu. Często np. wierzyciel, potrzebując gotówki, a mając wierzytelność, której termin płatności jeszcze nie nastąpił, pragnął zrealizować ją wcześniej zapomocą odstąpienia osobie drugiej. Tak samo dłużnik mógł pragnąć przeniesienia swego długu w związku z pewnymi stosunkami prawnymi. Wogóle w miarę rozwoju obrotu handlowego rozwija się również cyrkulacja wierzytelności.

Początkowo potrzebie tego rodzaju zaczęto w Rzymie zadośćczynić drogą uboczną. Najdawniejszym sposobem, prowadzącym do tego celu, opracowanym jeszcze w okresie legis actiones była wspomniana wyżej *novatio obligationis* w postaci *delegatio*, jeżeli szło o odstąpienie wierzytelności, a *expromissio*, jeżeli przenoszono dług (Gai. II. 38). Lecz sposób ten posiadał znaczne niedogodności. Pierwsza z nich polegała na konieczności zgody strony przeciwnej: bez współudziału dłużnika, bez jego odpowiedzi na pytanie stypulacyjne, *novatio* nie mogła być wykonana. Przy przenoszeniu długu od jednego dłużnika na drugiego (*expromissio*) konieczność zgody wierzyciela jest zupełnie zrozumiała: zamiast dłużnika zupełnie pewnego i wypłacalnego wierzyciel może otrzymać innego niewypłacalnego. Lecz przy odstąpieniu wierzytelności (*delegatio*) interesy dłużnika nie cierpią: dla niego wszystko jedno komu ma płacić; przytem mógł on nawet według swej woli przeszkodzić niezbędnemu odstąpieniu. Druga istotna niedogodność polegała na tem, że przy *novatio* przechodziła do nowego wierzyciela nie dawna wierzytelność, lecz zamiast niej powstawała nowa. Wskutek tego z chwilą zgaśnięcia dawnego zobowiązania gasły *eo ipso* wszystkie jego *accessoria*, jak np. poręka, prawo zastawu i t. p. Jeżeli strony chciały zaopatrzyć w nie także nową wierzytelność, to musiały ustanowić je na nowo, co w pewnych warunkach było już niełatwe (np. poręczyciel nie chciał już udzielić swojej zgody).

Z tego względu, chociaż *delegatio* i *expromissio* nie przestały istnieć i nadal (dla przeniesienia długu *expromissio* pozostała do końca prawie jedyną formą), obrót jednak nie

mógł na nich poprzestać, lecz musiał szukać nowych środków.

Taki środek znaleziono w instytucji zastępstwa procesowego (Gai. II. 39): wierzyciel tego, na kogo pragnął przenieść wierzytelność, czynił swoim kognitorem albo prokuratorem. Inaczej mówiąc, wierzyciel zlecał mu egzekucję swej wierzytelności, dawał mu *mandatum agendi* z tem zastrzeżeniem, że kwotę wyegzekwowaną może zatrzymać dla siebie — *procurator in rem suam*. Dzięki temu środkowi niedogodności *novatio* odpadły: nowy wierzyciel urzeczywistniał tylko wierzytelność dawną, a do *mandatum agendi* zgody strony przeciwnej nie wymagano. Sposób ten jednak posiadał inne niemniej istotne niedogodności. Nowy wierzyciel działał tylko na podstawie *mandatum*, a *mandatum*, jak wiadomo, gasło przez śmierć każdej ze stron i mogło być każdej chwili odwołane. Z drugiej strony dawny wierzyciel pozostawał i nadal wierzycielem, a skutkiem tego mógł niezależnie od przeniesienia otrzymać zapłatę, darować dług i t. d. W ten sposób stanowisko nowego wierzyciela było bardzo niepewne. Stawało się pewnem dopiero od chwili wniesienia skargi, t. j. od chwili *litis contestatio*: prawo wierzyciela w razie jego śmierci już przechodziło na spadkobierców, nie mogło być odwołane przez mandanta; lecz chwila przeniesienia mogła bardzo różnić się od terminu płatności, a co za tem idzie i od chwili możliwości wniesienia skargi.

W ten sposób praktyka życiowa wytworzyła dwa sposoby, lecz obydwa wymagały jeszcze udoskonalenia. Pierwszy sposób — *delegatio*, jako sposób formalny, trudniej ulegał zmianom, dlatego też prawo rzymskie w okresie cesarstwa zajęło się udoskonaleniem drugiego. Przytem z jednej strony konieczną było rzeczą uniezależnienie stanowiska nowego wierzyciela od dawnego, a z drugiej strony uczynienie go pewniejszym w stosunku do dłużnika. Dało się to osiągnąć w sposób następujący.

W pierwszym kierunku w razie przeniesienia wierzytelności zaczęto nowemu wierzycielowi udzielać skargi niezależnie już od istnienia rzeczywistego *mandatum*, a zatem nie-

zależnie od śmierci lub odwołania zlecenia; nowy wierzyciel (*cessionarius*) otrzymuje *actio utilis suo nomine*. Najpierw było to dozwolone na mocy reskryptu cesarza Antonina Piusa dla kupujących spadek, jako pewną całość (fr. 16 pr. D. 2. 14), a później i dla nabywców poszczególnych wierzytelności (c. 2. C. 4. 10).

W drugim kierunku mniej więcej w tym samym czasie powstała zasada, że jeżeli dłużnik zostanie zawiadomiony o fakcie odstąpienia wierzytelności, to winien był powstrzymać się od zapłaty dawnemu wierzycielowi (*cedentowi*, *cedens*). Po wykonaniu powyższego zawiadomienia, *denuntiatio*, cesjonariusz może już być spokojny i pod tym względem (c. 3. C. 8. 41).

W tej formie odbywało się przeniesienie wierzytelności (*cessio obligationis* lub *nominis*) w późniejszym prawie rzymskim.

Lecz wobec ogólnego rozstroju życia społecznego i ekonomicznego w okresie monarchji absolutnej, o którym już niejednokrotnie wspominaliśmy, powstały pewne specjalne ograniczenia *cessio*. Tak np. rozporządzenie cesarzy Honorjusza i Teodozjusza z 422 r. (c. 2. C. 2. 13) zabrania odstępowania wierzytelności osobom „możniejszym” — *potentiores*, widocznie w celu niepogarszania faktycznego położenia dłużników. Ważniejsze jeszcze było rozporządzenie cesarza Anastazjusza — *lex Anastasiana* z 506 r. (c. 22. C. 4. 35), zakazujące nabywcom wierzytelności żądania od dłużników więcej, niż sami zapłacili. Rozporządzenie to miało na celu walkę z zawodowymi spekulantami, skupującymi wierzytelności, lecz jednocześnie wywarło wpływ na cały obrót wierzytelności. Gdy kupuje się wierzytelność, której termin jeszcze nie nastąpił, to rzecz prosta, że kupujący zaofiaruje zawsze kwotę mniejszą od wartości nominalnej zobowiązania, przyczem w różnicy zawiera się nie tylko suma procentów, które kupujący mógłby otrzymać od zapłaconych obecnie gotówką pieniędzy, ale także większe lub mniejsze ryzyko przyszłego wyegzekwowania należności. Przez zakaz żądania więcej ponad to co kupujący sami zapłacili, *lex Anastasiana* po-

minęła zupełnie względ ryzyka i rzecz naturalna przy zastosowaniu jej w praktyce mogła jedynie przyczynić się do zupełnego zniesienia cyrkulacji wierzytelności. Lecz przepis ten wywołał różnego rodzaju praktyczne obejścia, o których świadczy sam Justynjan w rozporządzeniu, potwierdzającym lex Anastasiana (c. 23. C. 4. 35).

ROZDZIAŁ IV.

HISTORJA STOSUNKÓW RODZINNYCH.

§ 29. OGÓLNA HISTORJA MAŁŻEŃSTWA.

Najnowsze badania w dziedzinie socjologii dowiodły bezspornie, że rodzina, jako stały w swej istocie, dozgonny związek pomiędzy mężczyzną i kobietą, bynajmniej nie jest pierwotną ludzkości wrodzoną instytucją. Powstanie rodziny w powyższem znaczeniu poprzedził długi okres innych stosunków pomiędzy mężczyzną i kobietą i, zdaje się, że pierwszym zaczątkiem rodziny było porywanie żon z obcego plemienia. Symulacja porywania, posiadająca tak wielkie znaczenie przy obrzędach zaślubin prawie u wszystkich narodów, a także różne legendy, są tego dowodem. Istnieją one również w historii prawa rzymskiego, jak np. znana legenda o porwaniu Sabineek.

W każdym razie dzieje narodu rzymskiego nie zachowały żadnych śladów okresu, poprzedzającego powstanie rodziny. Wprawdzie niektórzy ze współczesnych badaczy dopatrują się historycznego przeciwieństwa pomiędzy patrycjuszami i plebejuszami także w różnicy ich ustroju rodzinnego: patrycjusze już posiadali ustrój patriarchalny, wówczas gdy plebejusze jeszcze pozostawali w stadjum matrijarchatu¹, lecz hipoteza ta nie opiera się na żadnych pewnych danych.

W czasach, o których posiadamy pewne dane o Rzymianach, widzimy u nich już silnie skonstruowany ustrój patriarchalny, podstawą którego jest rodzina monogamiczna z absolutnym władcą na czele, władza którego (początkowo

¹ Patrz Binder, Die Plebs.

zwana ogólnie *manus*) zespala wszystkie składniki rodziny w jedną zwartą całość.

Ta patriarchalna rodzina *cum manu* nad żoną powstawała zapomocą małżeństwa w trojakiej formie (Gai. I. 110 i nast.).

Pierwszą z tych form była *confarreatio*. Jest to obrzęd religijny zawierany w obecności 10 świadków, którzy uważani byli za przedstawicieli 10 kuryj, przy współudziale kapłanów (*pontifex maximus* i *flamen Dialis*) i polegający na całym szeregu różnych obrzędów sakralnych, którym towarzyszyły „*certa et solemnia verba*”. Wśród tych obrzędów naczelne miejsce zajmuje poświęcenie i spożycie przez nowożeńców specjalnego chleba — *panis farreus*; skąd wywodzi się i nazwa samej formy.

Drugą formą była *coemptio*, czyli kupno żony od jej *paterfamilias* lub opiekuna. Jak wszelkie kupno w tym czasie zawiera się ona zapomocą *mancipatio*: w obecności 5 świadków i *libripensa* z wagą nowożeńiec wymawia odpowiednie słowa i następnie wręcza kruszec władcy narzeczonej. Prawdopodobnie akt ten *mancypacji* poprzedzała wymiana zapytań o zgodę; najpierw nowożeńiec zapytywał oblubienicę: „*An tu mihi materfamilias esse velis?*” i otrzymywał od niej odpowiedź twierdzącą; następnie także pytanie dawała oblubienica. Według wszelkiego prawdopodobieństwa, te wzajemne pytania o zgodę zadawano także w pewnych, przez obrzędy uświęconych, słowach; zdaje się, że zwykłą odpowiedzią oblubienicy było: „*Ubi tu Gaius, ibi ego Gaia*”. W każdym razie moment prawny aktu tkwił nie w tych obrzędach ślubnych, lecz w *mancipatio*. Bardzo możliwą jest rzeczą, że w czasach dawniejszych *coemptio* była rzeczywiście realnem kupnem żony, lecz już dość wcześnie stała się czczą formą—*imaginaria venditio*.

Wzajemny stosunek historyczny tych dwóch form nie jest jasny; wielu uczonych (*Girard*, *Costa* i in.) uważają *confarreatio* za formę tylko patrycjuszowską, a *coemptio* za formę powstałą wśród plebejuszy, która dopiero później stała się powszechną. Przypuszczają nawet, że *confarreatio* na zawsze pozostała dla plebejuszy niedopostępna.

Prócz tych dwóch form, manus nad kobietą, a przez to i rodzina mogła powstać zapomocą usus, t. j. przez rzeczywiste pożycie małżeńskie w ciągu roku. Mamy tu przeniesienie do stosunków rodzinnych rzeczowo-prawnej instytucji z asiedzenia: jak posiadanie rzeczy w ciągu dwóch lat, jeżeli idzie o nieruchomości, a jednego roku, jeżeli idzie o ceterae res, zamieniało się na własność, podobnie i tu współżycie w ciągu roku dawało mężowi manus nad żoną. W najdawniejszem swoim zastosowaniu usus prawdopodobnie miał na celu uprawnienie małżeństwa zawartego z jakąś wadą co do formy, lub współżycia małżeńskiego powstałego bez żadnej formy, np. przez porwanie.

Małżeństwo zawarte według jednej z powyższych form stanowi małżeństwo cum manu: żona tak pod względem osobistym jak i majątkowym podpada pod władzę męża (albo jego paterfamilias) i zajmuje stanowisko córki — filiae locum optinet (Gai. I. 111). Wchodzi całkowicie w skład jego familia oraz staje się agnatką tak jego samego jak również całej jego rodziny. Jednocześnie zrywa zupełnie wszelkie węzły agnacyjne ze swoją rodziną poprzednią, staje się prawnie dla swych rodziców, braci i t. d. obcą ze wszystkimi tego następstwami (traci np. prawo dziedziczenia). Jako filia podlega całkowicie władzy absolutnej swojego męża.

W czasach najdawniejszych Rzymianie znali jedynie to ściśle patryarchalne małżeństwo cum manu, lecz już w epoce XII tablic daje się zauważyć małżeństwo innego rodzaju. Ustawy XII tablic, uprawniając powstanie manus zapomocą usus, jednocześnie głoszą, że żona może przeszkodzić ustanowieniu manus, przez przerwanie zasiedzenia, opuszczając dom męża na przeciąg trzech nocy — usurpatio trinoctio. Ustawy XII t. nie mają oczywiście na względzie zerwania współżycia, lecz tylko niedopuszczenie manus: po przepędzeniu trzech nocy poza domem męża żona znowu wraca do niego i prowadzi nadal wspólne życie; przy końcu roku znowu opuszcza dom na trzy noce i t. d. W ten sposób pożycie małżeńskie trwa przez całe życie, tem tylko różniąc się od małżeństwa zwykłego, że żona zawsze będzie wolna od władzy męża, prawnie pozostaje

nie dla niego obcą, zachowując poprzednie stanowisko w swej dawnej rodzinie.

Naturalnie z ściśle prawnego punktu patrzenia podobne współzycie nie powinno być uważane za małżeństwo we właściwym tego słowa znaczeniu; mimo to prawo rzymskie już bardzo wczesnie uznało je za *matrimonium iustum*: dzieci z takiego małżeństwa nie były uważane za dzieci nieprawego pochodzenia, lecz za legalne; podlegają władzy (*patria potestas*) ojca, wchodzą jako agnaci do jego rodziny i t.d. Żona, matka tych dzieci, staje się *uxor* swego męża, a nie konkubiną, nie podlega jednak *manus mariti* i we współżyciu małżeńskim zajmuje stanowisko równorzędne z mężem, jako istota wolna i samoistna.

W jaki sposób małżeństwo *sine manu* zostało uznane za *matrimonium iustum* i gdzie jego rzeczywista historyczna podstawa, nie wiemy. Według zdania niektórych uczonych (np. *Mayr*), najpierw powstało ono przy małżeństwach pomiędzy patrycjuszami i plebejuszami, zanim zostało uznane pomiędzy nimi *ius connubii* (t. j. przed *lex Canuleia*). W każdym razie powstanie tego nowego rodzaju małżeństwa wskazuje na bardzo ważny przewrót w historii rzymskiej. Był to pierwszy otwór wybity w ścianie starorzymskiej patriarchalnej rodziny: o ile poprzednio paterfamilias zasłaniał swoją osobą wszystkich członków rodziny, nad którymi panował w sposób prawnie nieograniczony, to obecnie przy małżeństwie *sine manu* żona wyszła z tej patriarchalnej władzy i stała się osobą samoistną i równorzędną z mężem. Równocześnie po raz pierwszy powstała kwestja prawnego określenia stosunków pomiędzy temi dwiema niezależnymi osobami. O ile dawniej przy małżeństwie *cum manu* stosunki rodzinne posiadały charakter jedynie rzeczowy (*manus* zasadniczo równa się *dominium*), o tyle przy małżeństwie *sine manu* powstały już po raz pierwszy stosunki o charakterze szczególnym, rodzinnym.

Powstanie małżeństwa *sine manu* nie zniosło odrazu małżeństwa *cum manu*. Jak już wielokrotnie w historii prawa rzymskiego widzieliśmy, podobnie i tu nowa forma początkowo istnieje tylko obok dawnej i dopiero zczasem po pokonaniu

formy dawnej swoją mocą wewnętrzną, występuje na plan pierwszy. Przez długi czas oba te rodzaje małżeństwa istnieją równorzędnie, lecz już w drugiej połowie rzeczypospolitej małżeństwo *sine manu* staje się panującym. Dawne formy ustanowienia *manus* stopniowo zamierają. Najwcześniej poszedł w zapomnienie *usus*. *Confarreatio* utrzymała się w życiu dłużej, a to dlatego, że dla objęcia pewnych godności sakralnych (np. *flamen Dialis*) niezbędne było pochodzenie z małżeństwa zawartego w tej właśnie formie. Lecz już w początkach cesarstwa spotykamy pod tym względem znaczne trudności: ilość kandydatów do tego małżeństwa staje się coraz mniejsza; widocznie *manus mariti* odstrasza niewiasty od tej formy. Z tego względu w r. 23 po Chr. została wydana ustawa, która uwolniła *confarreatio* od tych skutków cywilnych i w tej postaci (bez *manus*) *confarreatio* spotyka się aż do zupełnego zaniku pogaństwa. Wreszcie *coemptio* istnieje jeszcze za czasów prawników klasycznych (Gajus wspomina o niej jako o formie używanej), lecz już nie jako sposób zawierania rzeczywistego małżeństwa, ale jako *coemptio fiduciaria* w celu nabycia przez kobietę pewnych ulg, np. uwolnienia się od opiekunów ustawowych i zamiany ich na opiekunów według wyboru (*tutela evitandae gratia*: niewiasta wychodzi fikcyjnie za mąż, wskutek czego opieka agnatów nad nią ustaje; następnie fikcyjny jej mąż natychmiast *remancypuje* ją temu, kogo pragnęła mieć za swojego opiekuna; ten ostatni *emancypuje* ją z kolei, lecz jako *manumissor* pozostaje jej opiekunem—Gaj. I. 115). Jednak w IV w. po Chr. *coemptio* w tej sztucznej formie również już nie spotyka się.

W ten sposób w okresie prawników klasycznych jedynym rodzajem rzeczywistego małżeństwa jest małżeństwo *sine manu*. Historyczne jego pochodzenie wyjaśnia całkowicie jego naturę prawną. Małżeństwo to, powstałe ze zwykłego pożycia małżeńskiego w celu uniknięcia *manus*, w czasach późniejszych zawierano także zapomocą zwykłej zgody małżeńskiej (*„nuptias consensus facit”*—fr. 15. D. 35. 1), po wyrażeniu której odbywało się wprowadzenie żony do domu męża—*deductio in domum*, któremu naturalnie towarzyszyły różne obrzędy, lecz obrzędy te żadnego znacze-

nia prawnego nie posiadały. Brak wszelkich formalności przy zawieraniu małżeństwa, podczas gdy istniały one przy zawieraniu całego szeregu innych mniej ważnych aktów prawnych, wydaje się rzeczą dziwną, lecz rzecz tę tłumaczy nam właśnie historyczne pochodzenie małżeństwa *sine manu*. Brak ten formalności zachował się w prawie rzymskim do samego końca; dopiero w Bizancjum powstał nakaz zawierania małżeństwa w kościele.

Jako współzycie, opierające się na wolnej zgodzie małżonków, małżeństwo *sine manu* może być również rozwiązane na skutek wolnej woli jednej ze stron. I pod tym względem zachodzi zasadnicza różnica pomiędzy dwoma rodzajami małżeństwa. Małżeństwo *cum manu*, istotą którego była jednostronna władza męża, mogło być rozwiązane tylko na skutek jednostronnej woli męża (lecz nie na skutek woli żony). Jedy-nem ograniczeniem była konieczność zachowania zasady *contrarius actus*: małżeństwo zawarte w formie *confarreatio* musiało być rozwiązane zapomocą takiegoż aktu sakralnego *diffarreatio*, małżeństwo zawarte w formie *coemptio*—zapomocą *remancipatio*. Natomiast małżeństwo *sine manu* nietylko na skutek wzajemnej zgody obojdwóch małżonków (*divortium mutuo dissensu*), lecz także jednostronnej woli tak męża jak również żony (*repudium*). Żadnych przyczyn prawnych do rozvodu nie wymagano.

Na schyłku rzeczypospolitej pod wpływem ogólnego zepsucia obyczajów życie rodzinne przechodziło bardzo ostry kryzys. Niemoralność tak w rodzinie jak i poza rodziną przybrała zastraszające rozmiary; stosunki małżeńskie stały się wprost potworne; małżonkowie unikali dzieci, wolności rozwodów zaczęto nadużywać dla celów czysto materialnych. W celu zwalczania tych niezdrowych stosunków cesarz August wydał szereg zasadniczych ustaw. Do nich należy przedewszystkiem *lex Julia de adulteriis*, ustawa z 18 r. przed Chr., ustanawiająca karę za cudzołóstwo (*relegatio*). Karom podlegają nietylko bezpośredni przestępcy, lecz także pobłażający, jak np. mąż lub ojciec winnej żony, jeżeli nie wszczynają postępowania sądowego. W związku z nią wychodzi druga ustawa w tymże 18 r. przed Chr. lub w 4 po

Chr. (rzecz sporna)¹ — *lex Iulia de maritandis ordinibus*, która wprowadziła cały szereg bardzo ważnych przepisów do dziedziny prawa małżeńskiego. Ustawa ta następnie została uzupełniona w 9 r. po Chr. na wniosek konsulów Papjusza i Poppejusza. Późniejsi prawnicy łączą te uzupełnienia z poprzednią ustawą w jedną wspólną ustawę pod nazwą *lex Iulia et Papia Poppaea*.

Zespół ustawodawstwa małżeńskiego z czasów Augusta wycisnął swoje piętno na całej dalszej historii rzymskich stosunków rodzinnych i powołał do życia cały szereg nowych zjawisk prawnych.

Karząc *adulterium* i *stuprum*, August zrobił wyjątek dla wypadku, w którym współżycie nie posiada charakteru małżeńskiego z powodu przeszkód ustanowionych przez samo prawo, np. z powodu zakazu małżeństw pomiędzy osobami stanu senatorskiego, a wyzwolencami. Współżycie tego rodzaju, jeżeli ma na celu zawarcie małżeństwa pomiędzy stronami i jeżeli żadna z nich nie żyje w prawnym małżeństwie, nie podlega karze — *extra poenam legis est*. Takie współżycie nazywa się *konkubinatem* i odróżnia się od wszystkich innych związków przypadkowych; dzieci zrodzone w konkubinacie, chociaż nie są prawego łoża różnią się jednak od dzieci nieślubnych (*spurii* lub *vulgo concepti*); nazywają się *liberi naturales*. Z biegiem czasu otrzymały one nawet pewne ograniczone prawo dziedziczenia, prawo uzyskania legalności i t. d. Wskutek tego zaczęto patrzeć na konkubinat jako na pewien surogat małżeństwa, a Paulus w swoich *sententiae* (II. 20. 1) mówi nawet, że „*concubina ab uxore solo dilectu separatur*” (choć dalekie jest to od ścisłości). W ten sposób obok małżeństwa w rzeczywistym tego słowa znaczeniu powstało współżycie małżeńskie, że tak powiem, późniejszego rodzaju — *inaequale coniugium*. Naturalnie jest ono tylko rzadkim wyjątkiem.

Następnie, walcząc z bezżeństwem i bezdzietnością, August uciekł się do następującego nadzwyczajnego środka. *Lex Iulia et Papia Poppaea* ustanawia dla wszystkich mężczyzn

¹ Patrz *Knep, Gai Institutiones*, Zesz. III, 1913, str. 424 nast.

w wieku od 25 do 60 lat, a dla wszystkich kobiet w wieku od 20 do 50 lat obowiązek zawierania małżeństwa i posiadania z niego potomstwa. Osoby, nie wykonujące tego obowiązku, podlegają pewnym bardzo znacznym ograniczeniom. Bezzenni (*coelibes*) nie mogą zupełnie korzystać z dziedziczenia testamentowego, a żonaci, lecz bezdzietni (*orbi*), mogą otrzymywać tylko połowę. To czego nie mogą otrzymać (*incapaces*) stanowi *caducum* i przechodzi na inne osoby wyznaczone w tymże testamencie albo idzie do kasy państwowej. Nadto August określa nawet ilość dzieci niezbędną do tego, aby nie być zaliczonym do bezdzietnych: dla mężczyzn wystarczyło jedno dziecko, a dla kobiet potrzeba było 3 (dla wyzwolenic nawet 4). Kobiety, zadośćczyniące temu wymaganiu, czyli posiadające t. zw. *iustum liberorum*, oprócz nieograniczonego prawa korzystania z dziedziczenia testamentowego korzystały także z innych przywilejów. Lecz, rozumie się, ustawa ta celu swego osiągnąć nie mogła i jeżeli w czasie późniejszym stan rzeczy pod tym względem uległ polepszeniu, to stało się to dzięki pewnemu ogólnemu polepszeniu bytu rzymskiego społeczeństwa, a nie systemowi kar. Przez przepisy o *caduca* *lex Iulia et Papia Poppaea* powołała do życia jedynie różnorodne środki do jej obejścia i wprowadziła jeszcze większy zamęt.

Mimo to powyższe przepisy istniały w ciągu całego okresu klasycznego i zostały zniesione dopiero przez Konstantyna.

Wreszcie ustawodawstwo Augusta zwróciło uwagę także na stosunki pomiędzy małżonkami podczas trwania małżeństwa oraz na kwestję jego rozwiązania. Niżej zapoznamy się z pewnemi reformami w dziedzinie stosunków posagowych, które miały na celu zabezpieczenie żony przed samowolnem postępowaniem męża. W kwestji rozvodu August, nie dotykając samej zasady wolności rozwodów, w *lex Julia de adulteriis* nakazał, aby odbywał się on w obecności 7 świadków, przyczem zwykle przez wręczenie listu rozwodowego — *libellus repudii*. Poza tem czysto formalnem ograniczeniem wolność rozwodów utrzymała się w prawie rzymskiem do samego końca. Kwestja

przyczyn do rozwodu nie pozostała jednak zupełnie obojętna; rozwód bez słusznej przyczyny (*sine iusta causa*) pociągał za sobą dla strony winnej pewne kary majątkowe. Jeżeli żona dała powód do rozwodu przez swoje zachowanie się lub jeżeli dała rozwód bez żadnej przyczyny ze strony męża, to traciła na korzyść tego ostatniego swój posąg. Jeżeli w tych samych rzeczach jest winien mąż, to traci na korzyść żony t. zw. *donatio propter nuptias*. Lecz stanowi to już wszystko: małżeństwo nawet bez żadnej przyczyny może być rozwiązane. Żadnego sprawdzania słuszności przyczyn ze strony sądu lub jakiejś innej instytucji prawo rzymskie nie знаło do końca. „*Libera matrimonia esse*” (c. 2. C. 8. 38) — oto ogólna zasadnicza idea wolnego małżeństwa rzymskiego od pierwszej chwili ukazania się jego w historii aż do ustawodawstwa Justynjana, a nawet religia chrześcijańska w Rzymie tej zasady nie zniosła. Przez przeprowadzenie zasady równości i wolności obydwóch stron w małżeństwie prawo rzymskie dało nadzwyczaj dobitny przykład rozwiązania tak trudnego i ważnego zagadnienia.

Wstąpienie w powtórne związki małżeńskie po rozwiązaniu pierwszego (choćaby zapomocą rozwodu) w ciągu całego republikańskiego i klasycznego okresu nie napotykało na żadne przeszkody ze strony prawa i nie nakładało żadnych ograniczeń na wstępującego w nowe związki małżeńskie. Przeciwnie nawet *lex Julia et Papia Poppaea* na osoby, które nie zawierały powtórnego małżeństwa po upływie pewnego czasu od rozwiązania pierwszego, rozciągała przepisy o *incapacitas*. Jednak w prawie poklasycznym widzimy już pewne ograniczenia, mające na celu zabezpieczenie interesów dzieci zrodzonych z pierwszego małżeństwa: *parens binubus* jest pozbawiony prawa rozporządzania tem wszystkim, co otrzymał z pierwszego małżeństwa (t. zw. *lucra nuptialia*). Może tylko korzystać z tego majątku; po jego zaś śmierci majątek ten winien przejść na jego dzieci z pierwszego małżeństwa. Nadto swojemu nowemu współmałżonkowi nie może ani podarować ani zapisać więcej, niż pozostawia każdemu ze swych dzieci z pierwszego małżeństwa.

Wdowa, wstępująca w powtórne związki małżeńskie, winna była nadto zachować t. zw. rok żałoby, t. j. 10-cio miesięczny przeciąg czasu od rozwiązania pierwszego małżeństwa. Celem tego ograniczenia było z jednej strony zachowanie pewnej przyzwoitości względem zmarłego męża, a z drugiej usunięcie t. zw. *turbatio sanguinis*, czyli wątpliwości co do określenia, kto winien być uważany za ojca dziecka, jeżeli przyszło ono na świat w ciągu 10 miesięcy po rozwiązaniu pierwszego małżeństwa. Przepis ten jednak o roku żałoby nie tworzy przeszkody bezwzględnej, stąd też małżeństwo wbrew niemu zawarte będzie ważne, a tylko wdowa, która go nie zachowała, podlegała pewnym karom, jak np. infamji, utracie *lucra nuptialia* i ograniczeniom w dziedzinie prawa spadkowego.

Tak przedstawiają się podstawowe zasady w historii małżeństwa rzymskiego. Wśród innych narodów nietylko starożytnego, lecz także nowożytnego świata Rzym zajmuje pod tym względem zupełnie wyjątkowe stanowisko. Wszędzie rozwój stosunków małżeńskich rozpoczynał się od patriarchalnego ustroju rodziny, w której mąż posiadał władzę nieograniczoną nad żoną i wszędzie rozwój historyczny prowadził do stopniowego zmniejszenia tej władzy: idea prawa męża nad osobowością żony zamienia się na ideę opieki nad nią, a ta znów na naczelne kierownictwo męża w ogólnorodzinnych sprawach. Wszędzie prawa żony stopniowo zwiększały się, lecz dawne minione okresy władzy i opieki męża długo jeszcze pozostawiały i do dziś pozostawiają pewne ślady w dziedzinie stanowiska prawnego zamężnej kobiety. Prawo rzymskie, które pierwotnie znało też tylko małżeństwo patriarchalne z *manus mariti*, przez wprowadzenie małżeństwa bez *manus* uczyniło odrazu olbrzymi skok historyczny i na czas długi wyprzedziło inne narody w rozwoju stosunków małżeńskich: stworzyło odrazu małżeństwo, przy którym już niema mowy o żadnych prawach męża nad osobowością żony, ani nawet o żadnej nad nią opiece. Oboje małżonkowie pozostają równi wobec siebie i niezależni od siebie.

Z drugiej strony prawo rzymskie patrzy na małżeństwo jako na związek zupełnie wolny, opierający się jedynie na

trwałej zgodzie stron; na życzenie każdego współmałżonka może zostać rozwiązany. Wszelka kontrola państwowa, prowadząca z konieczności — w większej lub mniejszej ilości wypadków (w braku przyczyn prawnych do rozwodu) — do przymusowego pożycia małżeńskiego, była przeciwna prawu rzymskiemu. Niezależnie od stosunku do tego trudnego zagadnienia, należy zaznaczyć, że prawo rzymskie wyprzedziło pod tym względem wszystkie, nawet najnowsze, ustawodawstwa i świadczy o tem, że uznanie zupełnej wolności rozwodów bynajmniej nie prowadzi ani do rozbicia rodziny ani upadku społeczeństwa.

§ 30. STOSUNKI POMIĘDZY MAŁŻONKAMI.

Ogólna różnica co do natury prawnej małżeństwa *cum manu* i *sine manu* znajduje swój wyraz również w odrębnym układzie stosunków tak osobistych jak majątkowych pomiędzy małżonkami.

Przy małżeństwie *cum manu*, jak już zaznaczyliśmy, żona całkowicie podlegała władzy męża i prawnie zajmowała stanowisko jego córki. Wskutek tego pod względem osobistym podlegała prawnie nieograniczonej władzy męża: mógł on żądać wydania jej od wszelkiej osoby trzeciej, nawet od jej rodziców i to nawet wbrew jej woli, zapomocą *vindicatio*. Mógł sprzedać ją do niewoli i eksploatować jej pracę zapomocą oddania in *mancipium*; posiadał nieograniczone prawo karania, nie wyłączając *ius vitae ac necis*. Naturalnie faktycznie mąż był ograniczony przez opinię społeczną; prawo sprzedaży żony już w starożytności (z wyjątkiem *mancipium*) wyszło z użycia; w razie poważniejszych przewinień żony, w celu jej ukarania bywał zwoływany sąd złożony z krewnych (*iudicium domesticum*), lecz prawnie mąż pozostawał nadal samowładnym panem nad samą osobowością żony. Ta sama zasada zależności określała także stosunki majątkowe pomiędzy nimi. Wszystko co żona posiadała przed zamążpójściem i co nabyła po niem należało do męża, jako zupełnego i niepodlegającego żadnemu nadzorowi właściciela. Możliwą jest rzeczą, że w czasach późniejszych, kiedy już istniało małżeństwo bez *manus* ze swym specjalnym systemem majątkowym, mężowie, naśladując go, pozostawiali żo-

nom i przy małżeństwie cum manu ich majątek do pewnego mniej lub więcej wolnego użytkowania, lecz stanowisko prawne tego majątku określano zapomocą norm o peculium. W razie niewypłacalności męża i ten majątek szedł na pokrycie długów; jak również mógł on być w każdej chwili odebrany przez męża. Wzamian za ten brak samodzielności majątkowej żona korzystała narówni ze swojemi dziećmi z prawa dziedziczenia po swym mężu i wszystkich jego agnatach.

Zupełnie inaczej układały się stosunki przy małżeństwie sine manu opartem na zasadzie samodzielności i niezależności żony w stosunku do męża.

W dziedzinie stosunków osobistych, jak wiadomo, niema mowy o żadnej władzy męża. Żona zachowywała swoje poprzednie stanowisko rodzinne: pozostawała *persona sui iuris*, jeżeli była nią przed zamążpójściem; podpadała pod *patria potestas* swojego ojca, jeżeli jeszcze żył. Mąż nie posiada żadnej władzy dyscyplinarnej nad żoną oraz nie może żądać sprowadzenia jej sądownie, jeżeli uciekła od niego i nie chciała powrócić. Wprawdzie mężowi przysługuje *interdictum de uxore exhibenda et ducenda*, ale tylko przeciwko osobom trzecim, które zatrzymują ją wbrew jej woli. Rozumie się jednak, że wspólność życia małżeńskiego i jedność spraw rodzinnych domagały się w braku jednogodności pomiędzy małżonkami przyznania pewnego decydującego znaczenia mężowi (np. w sprawie wyboru miejsca zamieszkania rodziny, sposobu wychowania dzieci i t. p.); lecz ta przewaga w sprawach ogólnorodzinnych daleka jeszcze była od idei prawa nad samą osobowością żony.

Stosownie do tej ogólnej zasady zostały unormowane i stosunki majątkowe pomiędzy małżonkami. Podstawą ich jest zasada odrębności majątkowej: majątek męża i majątek żony stanowią dwie zupełnie niezależne od siebie masy majątkowe. Wszystko co żona posiadała przed zamążpójściem i co otrzymała w czasie trwania małżeństwa (swoją pracą, w drodze dziedziczenia po krewnych swej dawnej rodziny), należało do niej (jeżeli była *persona sui iuris*), stanowiło jej własny majątek; z którego mogła korzystać i rozporządzać nim według własnej woli, nie pytając o zgodę

męża, ani nie zdając mu żadnego sprawozdania. Majątek ten później oznaczono zapomocą greckiego wyrazu *παράφερνα*, *parapherna*.

W celu nietylko formalnego, ale i materialnego zabezpieczenia niezależności majątkowej pomiędzy małżonkami oraz w celu uniezależnienia zgody małżeńskiej od wszelkich korzyści materialnych prawo rzymskie już od czasów bardzo dawnych („*moribus*”) uzupełniło ten system odrębności majątkowej przez zakaz darowizn pomiędzy nimi („*ne venalicia essent matrimonia*”, „*ne mutuo amore invicem spoliarentur*” — fr. 1, 2 i 3 pr. D. 24. 1). *Donatio inter virum et uxorem* została uznana za nieważną; zwrotu rzeczy podarowanych początkowo mógł żądać nietylko sam małżonek, lecz także jego dziedzic; dopiero *oratio Antoniniana* (Karakalli) postanowiła, że jeżeli darczyńca umarł, nie żądając zwrotu, *donatio convalescit* (fr. 32. D. 24. 1).

Z wyjątkiem darowizn małżonkowie mogą wchodzić z sobą we wszelkie stosunki prawne: kupno-sprzedaż, pożyczkę i t. d. Żona może nawet zlecić mężowi zarząd całego majątku *parafernalnego*. Wskutek tego mogą zachodzić pomiędzy nimi i odpowiednie skargi. Bardzo bliski jednak stosunek pomiędzy małżonkami wprowadza pewne odstępstwa od norm ogólnych. Tak np. małżonkowie odpowiadają wobec siebie za winę (niedbalstwo), gdzie odpowiedzialność ta ma miejsce, nie w abstrakcyjnem jej pojęciu *diligens paterfamilias*, lecz za t. zw. *diligentia quam suis rebus adhibere solet*, t. j. za zwykłą dla danego małżonka pilność, czyli za taką, jaką zwykł on stosować względem swych spraw własnych. Następnie małżonkowie nie mogą wszczynać przeciwko sobie skarg infamujących; w razie konieczności otrzymują skargi analogiczne, nie pociągające za sobą infamji: np. zamiast *actio furti* — *actio rerum amotarum*, zamiast *actio doli* — *actio in factum* i t. d. Wreszcie przy egzekucji przeciwko sobie korzystają z t. zw. *beneficium competentiae*: mogą żądać, aby pozostawiono im tyle, ile potrzebują, aby nie żyć w nędzy („*ne egeant*”).

Lecz powyższy system odrębności majątkowej został w następstwie zmodyfikowany przez dwie równoległe insty-

tucje prawne: dos ze strony żony i donatio propter nuptias ze strony męża.

1. Dos. Wydatki związane ze wspólnym życiem rodzinnym (utrzymanie rodziny) w zasadzie należą do męża; żona i dzieci w wypadku ostateczności mogą żądać od męża i ojca utrzymania ich (alimentatio). Lecz już od czasów bardzo dawnych, od pierwszej chwili powstania małżeństwa bez manus, weszło w zwyczaj dawanie mężowi przy samem zawieraniu małżeństwa pewnego posagu, noszącego nazwę dos. W ten sposób nie cały majątek żony i nie eo ipso stawał się posagiem: posagiem był tylko ten majątek, który został specjalnie wydzielony mężowi, albo przez samą żonę, albo jej paterfamilias, albo wreszcie przez osoby obce. Jeżeli posag daje ojciec żony, to nazywa się on dos profecticia; jeżeli sama żona albo osoby obce, to nazywa się dos adventicia. W każdym razie posag musiał być ustanowiony zapomocą pewnego aktu specjalnego — „dos aut datur aut dicitur aut promittitur”. Początkowo celem posagu było udzielenie mężowi pomocy na różne ogólnorodzinne wydatki (ad matrimonii onera sublevanda), lecz później do tego celu dodano drugi, mianowicie dos zabezpieczał do pewnego stopnia męża na wypadek niesłusznego rozwodu ze strony żony.

Dos posiada w prawie rzymskiem długą historję. Pierwotnie posag przechodził na zupełną własność męża i to na zawsze: nie podlegał zwrotowi ani w razie śmierci żony, ani nawet w razie bezpodstawnego rozwodu ze strony męża. Naogół znikomo mała ilość rozwodów sprawiła, że kwestja losów posagu ani w życiu ani w ustawodawstwie nie była poruszana.

Lecz na schyłku rzeczypospolitej, gdy wraz z ogólnym upadkiem moralności wzrosła liczba rozwodów, wyżej wzmiankowany stan rzeczy wykazał wielkie braki; nieograniczona wolność rozwodów dała powód do licznych nadużyć ze strony męża. Tak np. mąż po zawarciu małżeństwa i otrzymaniu posagu mógł natychmiast dać żonie rozwód; w ten sposób małżeństwo mogło torować drogę do spekulacji w celu otrzymania dos. Wskutek tego powstała konieczność prawnego zabezpieczenia w jakiś sposób interesów żony.

Najpierw zaczęli troszczyć się o to sami zainteresowani. Żona lub jej rodzice w chwili zawierania małżeństwa i ustanawiania posagu żądali od męża w formie stipulatio gwarancji, iż w razie rozwodu lub śmierci męża dos zostanie zwrócony żonie lub ustanawiającemu go. Gwarancja ta zwała się *cautio rei uxoriae*. Z chwilą ziszczenia się uwzględnionych w *cautio* warunków żona lub inna osoba, ustanawiająca dos, posiadały przeciwko mężowi lub jego dziedzicom zwykłą surową skargę — *actio ex stipulatu*. Często-kroć posag wręczany mężowi szacowano przy jego ustanawianiu i uważano, jakoby był sprzedany za pewną kwotę pieniężną, którą mąż zobowiązywał się zwrócić na wypadek rozwodu (dos *venditionis causa aestimata*).

Zwyczaj podobnych *cautiones* stopniowo przyjął się w praktyce tak dalece, że nawet wówczas, kiedy *cautio* została pominięta, uważano za rzecz niesprawiedliwą (przeciwną *bona fides* — *Pernice*; przestępstwem ze strony męża — *Esmein*), jeżeli mąż, dając żonie rozwód bez żadnego powodu z jej strony, zarzymywał sobie posag. Wyrazicielem tego tworzącego się pojęcia prawnego i w tym wypadku był najpierw pretor, który udzielał żonie *actio rei uxoriae* — skargi, opiewającej na *id quod aequius melius erit*. Wkrótce jednak skarga ta zamieniła się na *actio civilis* i *bonae fidei*. W związku z tłumaczeniem tej skargi oraz rozpatrywaniem okoliczności, których w danych stosunkach domaga się *bona fides*, zostały opracowane przez naukę prawa ogólne normy klasycznego prawa posagowego. Zasadnicze jego przepisy sprowadzają się do następujących.

Jeżeli małżeństwo rozwiązywało się przez śmierć żony, to posag według ogólnej zasady pozostawał przy mężu, chyba że był ustanowiony przez jej ojca (dos *profecticia*) i ojciec jeszcze żył. Jeżeli małżeństwo rozwiązywało się przez śmierć męża, to posag bywał zawsze zwracany żonie lub jej wspólnie z ojcem. Bywał również zwracany wtedy, jeżeli małżeństwo rozwiązywało się przez rozwód z inicjatywy męża lub z jego winy; lecz pozostawał przy mężu, jeżeli rozwód dała żona bez żadnych powodów ze strony męża, albo jeżeli spowodowała rozwód przez swoje zachowanie. W tych

wszystkich jednak wypadkach, w których mąż winien zwrócić posag, mógł w niektórych warunkach poczynić pewne potrącenia — t. zw. *retentiones* (*propter liberos* — na utrzymanie dzieci, które pozostają pod jego opieką; *propter res amotas* — z powodu rzeczy roztrwonionych przez żonę; *propter mores* — z powodu pewnych wykroczeń żony i t. d. — *Ulp. reg. VI*).

W ten sposób został uznany obowiązek męża do zwrotu posagu w razie rozwiązania małżeństwa. Mąż jednakże był uważany za właściciela posagu i dlatego mógł roztrwonić go w ciągu trwania małżeństwa, a nawet wyzbyć się go umyślnie w celu udzielenia potem żonie rozwodu. Wprawdzie żonie przysługuje w tym wypadku prawo wytoczenia przeciwko mężowi skargi, lecz skarga ta może pozostać bezskuteczna (np. w razie niewypłacalności męża). W celu jeszcze większego zabezpieczenia żony *lex Iulia de adulteriis*, w specjalnym rozdziale *de fundo dotali*, zakazała mężowi wyzbycia nieruchomości posagowych (znajdujących się w Italji) bez zgody żony, przyczem pod zakaz ten zaczęto podciągać nietylko akty bezpośredniego wyzbycia, lecz także te wszystkie, które mogły w następstwie spowodować wyzbycie, jak np. zastaw (*Gai. II. 63*). Dzięki temu zakazowi główna część składowa dos została zwolniona od wspomnianych wyżej możliwości. Ponadto skarga żony korzystała z *privilegium exigendi*, t. j. z prawa pierwszeństwa do zadośćuczynienia przed innymi osobistymi wierzytelami męża.

Justynjan poszedł jeszcze dalej w tym kierunku. Podczas gdy w prawie klasycznem mąż zatrzymywał jeszcze dos w razie śmierci żony, to Justynjan i w tym wypadku nakazał zwrot posagu jej spadkobiercom. W ten sposób w późniejszym prawie rzymskiem dos pozostaje przy mężu jedynie w razie rozwodu z winy żony, jako kara dla tej ostatniej. Prócz tego Justynjan zakazał wyzbycia nieruchomości posagowych nawet w razie zgody żony. Wreszcie zniósł różnicę pomiędzy *actio ex stipulatu*, a *actio rei uxoriae* i nakazał, aby skarga o zwrot posagu była zawsze *actio ex stipulatu* oraz aby skarga ta była rozpatrywana według zasad *bonae fidei*, przyczem poprzednie przepisy o *restitutio*

dotis uległy znacznym zmianom (zostały uwzględnione wszystkie poprzednie retentiones męża). Privilegium exigendi zostało zamienione na ustawową hipotekę żony na całym majątku męża. Zawdzięczając obowiązкови, który nakazywał zwrot posagu oraz zakazowi alienatio, mąż już w okresie klasycznym, chociaż prawnie pozostawał jeszcze właścicielem dos, w rzeczywistości jednak był tylko zwykłym jego użytkowcą na czas trwania małżeństwa (ususfructus maritalis). Prawa żony w stosunku do dos wzrastały bezustannie, tak że prawnicy rzymscy mówili: „Quamvis in bonis mariti dos sit, mulieris tamen est” (fr. 75. D. 23. 3). Mimo to i w prawie justynjańskim właścicielem dos w zasadzie jest mąż.

2. Donatio propter nuptias. Już oddawna był zwyczaj czynienia darowizn żonie przez męża przed zawarciem małżeństwa (donationes ante nuptias). Darowizny te zyskały specjalne znaczenie wówczas, gdy wytworzyła się druga — karna — funkcja dos. Ponieważ żona w razie nieuzasadnionego rozwodu traciła posag, w interesie równości i sprawiedliwości pożądanem było, aby również mąż, otrzymując dos, wydzielal ze swego majątku pewną część w wysokości mniej więcej równej dos w celu podobnego zabezpieczenia żony. Stopniowo stało się to, jeżeli nie obowiązkiem prawnym męża, to w każdym razie zasadą przyzwoitości społecznej: domagać się donatio nie mogła ani narzeczona ani jej rodzice. Lecz ponieważ darowizny pomiędzy małżonkami były zakazane, donatio ta winna była odbywać się przed zawarciem małżeństwa (donatio ante nuptias), w przeciwnym wypadku darowizna była nieważna. Normy jednak w odniesieniu do donatio ante nuptias w okresie prawa klasycznego nie otrzymały całkowitego rozwoju; dopiero ustawodawstwo cesarzy doby ostatniej (Justyna i Justynjana) nadało tej instytucji bardziej wykończoną postać (§ 3. In. 2. 7). Najpierw dozwolone zostało w interesie wspomnianej równości czynienie podobnych donationes nie tylko przed zawarciem małżeństwa, ale i po niem, wskutek czego Justynjan nakazał nazywać tę instytucję donatio propter nuptias. Lecz nazwa ta niezupełnie odpowiada rzeczywistości, ponieważ niema tu faktycznej darowizny: mąż zachowuje własność darowanych przedmiotów, korzysta

z nich, podobnie jak przedtem i jeżeli małżeństwo przejdzie bez żadnych wstrząsów, *donatio propter nuptias* w niczem się nie uwidoczni. Celem *donatio propter nuptias* jest zabezpieczenie żony jedynie na wypadek rozvodu: wówczas może ona żądać nie tylko zwrotu dos, ale także *donatio propter nuptias*. W celu zabezpieczenia żony, odnośnie do otrzymania *donatio*, mężowi nie wolno było wyzbywać się wydzielonej przez siebie części majątku.

W ten sposób stopniowo tworzył się rzymski system stosunków majątkowych pomiędzy małżonkami. Zasada prawnej odrębności majątkowej, która nie przeszkadza przy małżeństwach dobrych, a doskonale zabezpiecza obie strony przy małżeństwach złych, uznawana jeszcze w czasach dzisiejszych przez nieliczne ustawodawstwa, jest podstawą tego systemu. Obie instytucje dos i *donatio propter nuptias*, zadośćczyniac potrzebę pewnych zabezpieczeń na wypadek rozvodu, tworzą jednocześnie na podstawie odrębności coś w rodzaju jednego wspólnego majątku rodzinnego, służącego za podstawę ekonomiczną rodziny, a przytem skutek zakazu wyzbycia, wchodzących w jego skład nieruchomości, podstawę bardzo silną. Obie strony związku małżeńskiego — niezależność małżonków i utworzona przez małżeństwo jedność rodziny — znajdują jednakowe uwzględnienie w prawie rzymskiem.

§ 31. STOSUNKI POMIĘDZY RODZICAMI I DZIEĆMI.

Stosunki pomiędzy rodzicami i dziećmi przez cały przebieg historii rzymskiej normowane były według zasady *patria potestas*, patriarchalnej i jednostronnej władzy ojca. Jeżeli w dziedzinie stosunków pomiędzy małżonkami widzieliśmy zerwanie z zasadami dawnego ustroju patriarchalnego, to w dziedzinie stosunków względem dzieci zasady patriarchalne przestrzegane były ze znacznie większą wytrwałością, aniżeli w historii innych narodów. Według własnego zdania prawników rzymskich takiej władzy nad dziećmi jaką mieli Rzymianie nie posiadał żaden ze znanych im narodów (Gai. I. 55: „*Quod ius proprium civium romanorum est: fere enim nulli alii sunt homines, qui talem in filios suos habent potestatem, qualem nos habemus*”). Naturalnie z biegiem czasu władza ta uległa znacz-

nej zmianie i ograniczeniu, liczne jednak pojęcia patryarchalne zachowały swoje znaczenie do końca.

Najpierw tedy prawo rzymskie zna jedynie *patria potestas*—tylko władzę ojca, a nie rodziców wogóle. Matka w stosunku do swych dzieci z tego samego małżeństwa żadnych praw rodzicielskich nie posiada i to nie tylko za życia męża, ale także po jego śmierci. Przy dawnem małżeństwie *cum manu* matka, jak wiadomo, posiadała stanowisko siostry swych dzieci. Po śmierci męża rodzina rozpadała się na nowe niezależne rodziny, w stosunku do których matka żadnej władzy nie nabywała; stawała się obecnie *persona sui iuris*, lecz jednocześnie podpadała pod opiekę swojego najbliższego agnata, najczęściej swego własnego syna. Przy małżeństwie *sine manu* matka nie była nawet agnatką swych dzieci: prawnie była dla nich zupełnie obcą. Dopiero z biegiem czasu, kiedy stopniowo zostało uznane pokrewieństwo kognacyjne, stosunki jej względem dzieci otrzymują pewne znaczenie prawne: matka i dzieci otrzymują po sobie wzajemne prawo dziedziczenia. Następnie w okresie cesarstwa zostało jej przyznane prawo do alimentów, a także, przynajmniej w pewnych wypadkach, prawo do opieki nad swoimi dziećmi. Lecz na tem wszystko się kończy: żadnych praw właściwych naturze *patria potestas*, jak np. prawa do użytkowania pewnych majątków dzieci, nie posiada.

Stosunki prawne pomiędzy rodzicami i dziećmi są możliwe tylko na podstawie małżeństwa prawnego i rodziny prawej. Dzieci nieprawne, zrodzone poza małżeństwem prawnem, w najdawniejszym prawie rzymskim oparte wyłącznie na zasadzie pokrewieństwa agnacyjnego znajdowały się wogóle poza wszelkimi stosunkami prawnymi: były obce nie tylko dla swego naturalnego ojca, ale także dla matki. Z chwilą uznania pokrewieństwa kognacyjnego stanowisko ich w stosunku do matki i do wszystkich jej krewnych zmieniło się: otrzymały prawo dziedziczenia narówni z dziećmi prawnymi, gdyż *cognatio*, pokrewieństwo oparte na wspólności krwi, według pojęć rzymskich, nie zależy od istnienia małżeństwa prawnego, bowiem „*mater semper certa est*”. Co się tyczy ojca, to „*pater vero is est, quem nuptiae de-*

monstrant" (fr. 5. D. 2. 4), wskutek czego dzieci nieprawie prawnie wcale ojca nie posiadają, chociażby nawet faktycznie znany był wszystkim. Stąd też ani jemu nie przysługuje *patria potestas*, ani dzieciom w stosunku do niego nie przysługują żadne prawa. Lepsze stanowisko zajmują jedynie *liberi naturales*, dzieci zrodzone w konkubinacie: posiadają prawo do alimentów i nawet pewne ograniczone prawo dziedziczenia po śmierci swojego *pater naturalis*; lecz o *patria potestas* i tu niema mowy.

W ten sposób prawie cała strona prawna stosunków pomiędzy rodzicami i dziećmi sprowadza się do *patria potestas*. Lecz treść tej *patria potestas* w ciągu wieków uległa zasadniczym zmianom.

W czasach najdawniejszych władza ta, jak już niejednokrotnie wspomnieliśmy, była władzą absolutną patryarchalnego pana domu, nieograniczonego władcy w swej rodzinie. Obejmowała ona zarówno same dzieci jak i ich majątek. Co do stosunków osobistych, to przedewszystkiem od woli *paterfamilias* zależała decyzja, czy nowonarodzone dziecko należy zachować, czy nie; mógł nawet je porzucić. Następnie ojciec posiadał prawo sprzedaży swych dzieci albo do niewoli trans Tiberim albo wewnątrz państwa in *mancipium* (*ius vendendi*). Wreszcie posiadał nieograniczone *ius vitae ac necis*. Naturalnie i tu faktyczne stanowisko dzieci było inne, lecz prawnie ojciec był nieograniczonym władcą samej osobowości dziecka. Co do stosunków majątkowych *filius familias*, jak wiadomo, był *persona alieni iuris*: posiadał cywilną zdolność prawną, lecz nie dla siebie, a dla swojego ojca. Wszystko co nabywał, stawało się *eo ipso* własnością ojca; za zobowiązania zaś dzieci ojciec nie odpowiadał; jedynie za przestępstwa ojciec ponosił odpowiedzialność noksalną: był obowiązany albo wynagrodzić wyrządzoną przez nie szkodę albo oddać je poszkodowanemu (*noxae dedere*).

Tak przedstawiał się historyczny punkt wyjścia; dalszy rozwój polegał na stopniowem zminiejszaniu się tej władzy absolutnej w obydwóch kierunkach: osobistym i majątkowym.

1. W stosunkach osobistych. Prawo porzucania nowonarodzonych dzieci (*ius exponendi*), według świa-

deictwa Dionizjusza z Halikarnasu, zostało zakazane (z wyjątkiem monstra) już przez Romulusa. Lecz prawdopodobnie jest tu mowa jedynie o zakazie zwyczajowym i religijnym, a nie prawnym; *ius exponendi* istnieje jeszcze w epoce późniejszej i zostaje ostatecznie zniesione dopiero w okresie cesarstwa (c. 7 C. 9. 16). *Ius vendendi trans Tiberim* znikło już bardzo wcześnie, a nawet sprzedaż dzieci *in mancipium* w ustawach XII tablic uległa znacznemu ograniczeniu. Ograniczyły one to prawo przez trzykrotne jego wykonanie: po oddaniu *in mancipium* po raz trzeci syn stawał się wolnym od władzy ojcowskiej: „*Si pater filium ter venum duit, filius a patre liber esto*”. Ponieważ ustawa mówiła tylko o synach, stąd też interpretatio głosiła, że dla innych osób podwładnych (dla córek, wnuków) wystarcza sprzedaż jednorazowa. Ograniczeniu podlega jednak tylko sprzedaż za pomocą *mancipatio*; zwykła *venditio* prawdopodobnie spotykała się także znacznie później: nawet prawnicy klasyczni dopuszczają ją przynajmniej w wypadku ostatecznej konieczności („*contemplatione extremae necessitatis aut alimentorum gratia*” — *Pauli sent.* 5. 1. 1); to samo zostało potwierdzone przez rozporządzenie Konstantyna (c. 2. C. 4. 43). Wreszcie cały szereg rozporządzeń cesarskich pozbawił ojca *ius vitae ac necis*: ostatnie pod tym względem rozporządzenie Konstantyna (c. 1. C. 9. 17) zrównało synobójstwo z *parricidium* wogóle. W tym samym czasie zostaje oddana pod pewien nadzór nawet władza dyscyplinarna ojca (*ius coercendi*). Według rozporządzenia cesarza Trajana, władza państwowa mogła zmusić ojca, nadużywającego swych praw, do usamowolnienia syna (fr. 5. D. 37. 12) i wogóle w czasach cesarstwa były dopuszczalne skargi dzieci przed magistraturą w porządku *extraordinaria cognitio*. Dzięki tym wszystkim ograniczeniom *patria potestas* nad dziećmi przy końcu rozwoju straciła prawie całą swoją surowość patriarchalną.

2. W stosunkach majątkowych wzrost niezależności dzieci początkowo kroczy po tej samej drodze, o której wspomnieliśmy wyżej, mówiąc o niewolnikach. Podobnie jak niewolnikom, ojcowie często wydzielali swym dorosłym dzieciom pewien majątek do samodzielnego gospodarowania — *pecu-*

lium. Tak samo działalność synów mogła tworzyć w pewnych warunkach podstawę do odpowiedzialności ojca (t. zw. *actiones adiecticiae qualitatis*: *actio de peculio*, *institoria*, *exercitoria*, *quod iussu* i *de in rem verso*). Tu należy powtórzyć wszystko to; co było powiedziane o niewolnikach.

Lecz później stanowisko dzieci zaczyna coraz bardziej różnić się od stanowiska niewolników i iść swoją własną drogą. Pierwszym na tej drodze krokiem było rozporządzenie z czasów Cezara lub Augusta, na mocy którego wszystko, co syn żołnierz (*filius familias miles*) zdobył na wojnie (*in castris*) albo z powodu służby wojennej (*occasione militiae*) należy do niego jako własny niezależny od ojca majątek, którym może dowolnie rozporządzać. Majątek ten otrzymał nazwę *peculium castrense* i był pierwszym uznaniem niezależności majątkowej dzieci, chociaż w wąskim zakresie stosunków specjalnych. Syn mógł majątek ten nawet zapisać w drodze testamentu i jedynie w razie śmierci jego bez zostawienia testamentu przechodził on do ojca nie w porządku dziedziczenia, lecz *iure peculii* (fr. 11. D. 49. 17). Wogóle w stosunku do *peculium castrense* „*fili familias vice patrum familiarum funguntur*” (fr. 2. D. 14. 6).

Kiedy w okresie monarchji absolutnej wszystkie rodzaje służby państwowej zostały zrównane, zasady o *peculium castrense* zostały zastosowane do majątku nabytego przez syna w czasie służby cywilnej, do t. zw. *peculium quasi castrense*. *Peculium* to, podobnie jak *peculium castrense*, stanowi majątek niezależny syna, w stosunku do którego ojciec żadnych praw nie posiada.

Inny szereg ograniczeń strony majątkowej *patria potestas* wprowadza rozporządzenie Konstantyna, na mocy którego wszystko co dzieci (już nie tylko syn) otrzymały w drodze spadku po matce (*bona materna*) winno być uważane za ich własność i ojciec nie mógł nią rozporządzać, lecz jedynie korzystać z prawa dożywotniego użytkowania (c. 1. C. 6. 60). Rozporządzenie ces. Arkadiusza i Honorjusza (c. 2. C. 6. 60) rozszerzyło ten przepis na *bona materni generis* — na majątek otrzymany od krewnych z linii macierzystej; rozporządzenie Teodozjusza i Walentynjana — na *lucra nuptialia*. Wreszcie

Justynjan wszystkie te liczne wyjątki uogólnił i orzekł, że do ojca należy tylko to, co syn zdobył *ex re patris*, t. j. pracując w majątku ojcowskim. Wszystko zaś inne w jakikolwiek sposób zdobyte przez syna stanowiło własność syna, w stosunku do której ojciec posiadał jedynie prawo dożywotniego użytkowania (§ 1 In. 2. 9). Cały ten majątek (do niego nie wchodzi *peculium castrense* i *quasi castrense*, co do których ojciec nie posiada nawet użytkowania) nosi nazwę *bona adventicia*. Lecz nawet prawo dożywotniego użytkowania na tym majątku mogło być wyłączone przez zwykłe postanowienie tego, od kogo syn dany majątek otrzymał (kto mu darował lub zapisał); majątek tego rodzaju nazywa się *bona adventicia irregularia*.

W ten sposób przy końcu rozwoju i w stosunkach majątkowych z dawnej nieograniczonej *patria potestas* pozostał tylko jej cień w postaci prawa dożywotniego użytkowania ojca na niektórych rodzajach majątku dzieci. Wprawdzie i ten cień posiadał wielkie znaczenie praktyczne; mimo to jednak samodzielność majątkowa dzieci została uznana. Jednocześnie z tem pierwotna jedność prawna rodziny została zburzona: rodzina z prawnego punktu patrzenia nie jest już obecnie jednością, lecz związkiem osób, z których każda stanowi samodzielny podmiot praw, który może posiadać własny majątek, występować jako strona w sądzie i zawierać akty prawne.

Powstanie *patria potestas*. Przedewszystkiem *patria potestas* powstaje w sposób naturalny wskutek urodzenia się dziecka z małżeństwa prawnego. W stosunku do dzieci nieprawych może ona powstać jedynie zapomocą legitymacji, *legitimatio*; lecz *legitimatio* powstała dopiero w okresie monarchji absolutnej i tylko w stosunku do *liberi naturales*. Stopniowo powstały trzy sposoby legitymacji:

- Od czasów Teodozjusza i Walentyjana — *legitimatio per oblationem curiae*, która polegała na zapisaniu *filius naturalis* do ordo miejscowych dekurjonów oraz nadaniu mu pewnego cenzusu majątkowego (był to jeden z przywilejów, zapomocą których rząd zachęcał do ponoszenia ciężkiego w tych czasach obowiązku administracji miejscowej).
- Od czasów cesarza Anastazjusza — *legitimatio per*

subsequens matrimonium, która odbywała się przez następne zawarcie pomiędzy rodzicami nieślubnymi prawego małżeństwa. c) Wreszcie od czasów Justynjana — *legitimatio per rescriptum principis*, legitymacja zapomocą specjalnego reskryptu cesarskiego.

W stosunku do dzieci obcych *patria potestas* mogła powstać przez usynowienie, które było albo *arrogatio*, jeżeli była usynawiana *persona sui iuris*, albo *adoptio*, jeżeli była usynawiana *persona iuris alieni*.

a) *Arrogatio* w starożytności była dokonywana na kurjalnych zgromadzeniach narodowych ze współudziałem *pontifex maximus* i w obecności tak usynawiającego jak również usynawianego. Po zbadaniu okoliczności usynowienia i po stwierdzeniu zgody obydwóch stron zainteresowanych *pontifex* zwracał się do zgromadzenia narodowego z *rogatio* o usynowienie. („*Velitis iubeatis, Quirites, uti Lucius Valerius Lucio Titio tam iure legeque filius sit, quam si ex eo patre matreque familias eius natus esset, utique ei vitae necisque in eum potestas sit, uti patri endo filio est. Haec ita uti dixi, ita vos, Quirites, rogo*”—Gell. 5. 19. 9). W ten sposób *rogatio* dokonywała się w formie specjalnej ustawy. Z tego względu usynawiać lub być usynowionym według tej formy mogły tylko osoby, posiadające prawo głosu na zgromadzeniach narodowych; stąd też nie mogły usynawiać kobiety, nie można było usynawiać kobiet i niedojrzałych. Z biegiem czasu razem z upadkiem znaczenia *comitia curiata* charakter ustawodawczy aktu *arrogatio* znikł; usynowienie stało się zwykłym, lecz publicznym, aktem woli prywatnej. Jednocześnie (od czasów ces. Antonina Piusa) zostało dozwolone także usynowienie niedojrzałych. Z chwilą ostatecznego zaniku *comitia curiata* *arrogatio* [dokonywała się *per rescriptum principis*.

b) *Adoptio* w ścisłym znaczeniu—usynowienie osoby *alieni iuris*—dokonywała się w formie prywatnego aktu prawnego sztucznie stworzonego przez dawnych prawników na podstawie przytoczonego wyżej przepisu ustawy XII t.: „*Si pater filium ter venum duit, filius a patre liber esto*”. Ojciec sprzedawał usynawianego zapomocą *mancipatio* pewnej zaufanej osobie, a ta natychmiast wypuszczała go na wolność zapomocą

manumissio vindicta. Poczem znowu następowała druga mancipatio i druga manumissio. Wreszcie trzecia mancipatio, po dokonaniu której syn stawał się już wolnym od patria potestas. Trzeciej manumissio już niema, ponieważ wtedy miałyby miejsce zupełna emancipatio (patrz niżej); syn tymczasem pozostaje in mancipio u zaufanej osoby. Wówczas występuje osoba, pragnąca usynowić go—adoptator i wnosi dla formy przeciw osobie zaufanej vindicatio in patriam potestatam (t. j. vindicatio filii); osoba zaufana w sądzie milczy, wskutek czego pretor addicit usynawianego usynawiającemu. Rezultatem tego złożonego aktu było, że patria potestas dawnego ojca gasła, a usynowiony wchodził do rodziny usynawiającego na prawach jego syna prawego. W tej formie adoptio mogła być stosowana również do niewiast i niedojrzałych, przyczem dla córek i wnuków wystarczała mancipatio jednorazowa. Justynjan zniósł konieczność tych wszystkich formalności, zamieniając je na zwykłe zawiadomienie wobec sądu. Jednocześnie zmniejszył znacznie skutki adopcji: zgaśnięcie dawnej patria potestas zostało zachowane tylko w wypadkach usynowienia przez krewnego linji wstępnej (np. przez dziadka ze strony matki); we wszystkich zaś wypadkach pozostałych patria potestas ojca nie gasnie, a usynowiony otrzymuje tylko prawo dziedziczenia ustawowego po adoptującym (adoptio minus plena).

Oprócz wspomnianych rodzajów arrogatio i adoptio spotykamy w zachowanych do naszych czasów pomnikach z końca rzeczypospolitej lub początku cesarstwa wypadki usynowienia w testamencie, adoptio testamentaria, o której prawnicy nie mówią. Lecz czy to było rzeczywiste w znaczeniu prawnem usynowienie, czy nie—do dziś pozostaje kwestją niewyjaśnioną.

Zgaśnięcie patria potestas. Pozostałością dawnego charakteru patryarchalnego patria potestas nawet w najpóźniejszym prawie rzymskiem była jej dożywotność: normalnie kończy się jedynie przez śmierć ojca. Ani osiągnięcie pełnoletności przez syna, ani założenie przez niego własnego domu i gospodarstwa, nietylko że nie wpływało na zgaśnięcie władzy ojcowskiej, ale nawet na jej zmniejszenie. Jedynie osiągnięcie przez syna pewnego stanowiska sprawiało jej zga-

nięcie; do tych stanowisk w pogańskim Rzymie należała godność flamen Dialis, a dla córki godność westalki; w późniejszych czasach cesarskich — godność konsula, praefectus praetorio, praefectus urbi, magister militum lub biskupa.

Lecz patria potestas, jako prawo jednostronne, mogła zgasnąć sposobem sztucznym — przez usamowolnienie syna dokonane przez samego ojca, co nazywa się emancipatio. Forma emancypacji odbywała się także zapomocą sztucznego stosowania wspomnianego przepisu ustawy XII tablic o potrójnej sprzedaży: ojciec, pragnący emancypować syna, dokonywał potrójnej jego mancipatio osobie zaufanej, która znów trzy razy wypuszczała go na wolność. W rezultacie syn stawał się persona sui iuris, nabywał niezależność gospodarczą, lecz wzamian za to tracił wszelkie prawa dziedziczenia w swojej rodzinie. Później kiedy prawo dziedziczenia zostało oparte na zasadach pokrewieństwa kognacyjnego, to ostatnie ograniczenie znikło. W czasach cesarskich dawne formalności i pod tym względem zostały zniesione: cesarz Anastazy ustanowił emancipatio per rescriptum principis (t. zw. emancipatio Anastasiana), a Justynjan przepisał wogóle dla emancipatio zawiadomienie wobec sądu (t. zw. emancipatio Iustiniana). Jako nagrodę za dobrowolne zrzeczenie się swych praw (praemium emancipationis), ojciec i po emancipatio zatrzymywał prawo użytkowania na połowie majątku syna.

§ 32. OPIEKA I KURATELA.

W każdej społeczności mogą znaleźć się osoby, posiadające zdolność prawną, lecz nie posiadające dostatecznego stopnia rozwoju umysłowego i dojrzałości woli potrzebnej do samodzielnego prowadzenia swoich spraw (niezdolni do działania prawnego). Do nich należą nieletni i umysłowo chorzy; według dawnych pojęć także kobiety; wreszcie należą do nich także marnotrawcy. Jeżeli wszystkie te osoby podlegają jakiejś władzy rodzinnej, jeżeli są, według terminologii rzymskiej, personae alieni iuris, to nie powstaje żadna kwestja ich obrony: bowiem po pierwsze według dawnego prawa nie posiadają żadnego własnego majątku, a po drugie posiadają naturalną obronę w osobie swojego paterfa-

milias. Inaczej przedstawia się sprawa, jeżeli tej naturalnej obrony rodzinnej nie posiadają, jeżeli są *personae sui iuris*: wówczas powstaje kwestja ustanowienia dla nich sztucznej obrony, surogatu ochrony rodzinnej. Cel ten spełnia wszędzie instytucja opieki i kurateli. Lecz instytucja ta posiada także swoją długą historję, w ciągu której bardzo zmieniła swój charakter.

W czasach dawniejszych, kiedy węzły rodzinne były jeszcze silne, opieka nad osobami niezdolnymi do działania prawnego należała do krewnych, przyczem na pierwszym planie stawiano nie opiekę nad daną osobą, lecz nad jej majątkiem w interesie najbliższych jej spadkobierców. Dla tych ostatnich rzecz prosta było ważną rzeczą, aby majątek, który w przyszłości mógł im przypaść w drodze dziedziczenia ustawowego, nie został w ręku nieletniego, umysłowo chorego i t. d. zmarnowany lub zmiejszony. Wskutek tego opieka posiadała charakter pewnej zapobiegawczej ochrony przyszłego spadku („*Ut qui sperarent hanc successionem, iidem tuerentur bona, ne dilapidarent*” — fr. 1 pr. D. 26. 4). Ta podstawowa idea dawnej opieki odbija się na całej jej budowie.

Pierwotnie porządek powołania do opieki pokrywał się z porządkiem powołania do dziedziczenia („*eo tutela redit, quo et hereditas pervenit*”—fr. 73. pr. D. 50. 17): naturalnym opiekunem stawał się najbliższy spadkobierca. Ponieważ w czasach najdawniejszych dziedziczenie opierało się jedynie na porządku pokrewieństwa agnacyjnego (*hereditas legitima*), stąd też naturalnym opiekunem stawał się najbliższy agnat. Jest to t. zw. *tutela legitima*.

Lecz już ustawy XII tablic pozwalają *paterfamilias* zmienić w swym testamencie ten porządek ustawowy i wyznaczyć dla swych małoletnich lub umysłowo chorych dzieci innego opiekuna: „*Uti paterfamilias legassit super pecunia tutelave rei suae, ita ius esto*”. W tym wypadku ma miejsce *tutela testamentaria*. Tu już nie zawsze opiekunem będzie najbliższy spadkobierca *pupila*. Podobnie jak testator może pozbawić swego dziedzica ustawowego, przypadającego na niego spadku, tak samo może pozbawić go prawa opieki.

Następnie opieka w najdawniejszych czasach była nie obowiązkiem, lecz prawem opiekuna, które dawało mu pewną władzę tak w stosunku do osoby jak i majątku pupila. Opiekun posiada władzę podobną do władzy paterfamilias. I tak Liwjusz opiekę nad kobietami wprost nazywa manus (Liv. 34. 2. 11); ustawy XII tablic, mówiąc o kurateli nad umysłowo chorymi używają wyrażenia „potestas”; nawet jeszcze prawnik z ostatniego stulecia rzeczypospolitej, Servius Sulpicius Rufus, określa opiekę jako „vis ac potestas in capite libero”, chociaż już dodaje „ad tuendum eum, qui propter aetatem sua sponte se defendere nequit” (fr. 1 pr. D. 26. 1), zaznaczając przez to związany już z prawem obowiązek.

Stopniowo ten pierwiastek obowiązku, troski, występuje coraz bardziej na plan pierwszy, a przez to stanowisko opiekuna ulega zasadniczej zmianie; prawa jego służą jedynie jako środki do spełnienia ciężącego na nim obowiązku. Nie ochrona swych przyszłych praw, lecz troska o prawa cudze stanowi istotne zadanie jego działalności. Z tego względu w źródłach prawa późniejszego opieka występuje już jako pewien „onus” dla opiekuna, jako pewien „munus publicum” (pr. In. 1. 25 i In. 1. 17).

Przytem opieka występuje jako munus publicum, obowiązek społeczny, w dwojakim kierunku.

Najpierw w tem określeniu zawiera się myśl, że opieka w znaczeniu troski o osoby, które same o siebie troszczyć się nie mogą, jest ogólnym obowiązkiem państwa. Idea ta była zupełnie obca dla dawnej opieki: jeżeli małoletni lub umysłowo chory nie miał opiekuna ani ustawowego (wskutek braku krewnych) ani testamentowego, to według dawnego prawa zupełnie pozostawał bez opieki, ponieważ nie było osób, któreby miały do niego prawo. W drugiej połowie rzeczypospolitej punkt patrzenia państwa zmienia się. Lex Atilia, ustawa z czasu nieznanego, w każdym razie z przed 186 r. przed Chr. (przed senatusconsultum de Bacchanalibus), nakazała magistraturom wyznaczać w tych wypadkach opiekuna, mianowicie pretorowi cum maiore parte tribunorum plebis, t. j. ze współudziałem trybunów ludowych. Ponieważ lex Atilia miała na względzie jedynie Rzym i Italię, przeto

później *lex Iulia Titia* (albo dwie ustawy — *lex Iulia* i *lex Titia*?) nałożyła ten sam obowiązek na namiestników prowincyj. W ten sposób obok dwóch dawnych rodzajów opieki — tutela legitima i testamentaria — powstał trzeci, t. zw. tutela dativa (choć nazwę dativa stosowano nieraz i do tutela testamentaria).

Jednocześnie zaczyna wzrastać stopniowo nadzór państwa nad działalnością opiekunów. W wielu wypadkach opiekunowie do wykonania pewnych aktów winni byli uzyskać pozwolenie władzy państwowej. Zakres spraw, dotyczących opieki, wzrósł o tyle, że powstały specjalne organy władzy, którym te sprawy zostały powierzone; należą do nich w okresie cesarstwa początkowo konsulowie, potem specjali praetores tutelares, a w prowincjach namiestnicy prowincjonalni przy współudziale organów samorządu municypalnego. Ci ostatni ponoszą nawet odpowiedzialność subsydjarną wobec pupila za zły zarząd poleconych przez siebie opiekunów.

Z drugiej strony opieka staje się *munus publicum*, obowiązkiem społecznym i dla poszczególnych obywateli. Jeżeli dawniej być opiekunem stanowiło prawo, którego każdy mógł dowolnie zrzec się lub które można było dowolnie przenieść na inną osobę (o *in iure cessio tutelae* w odniesieniu do kobiet mówią jeszcze prawnicy klasyczni), to obecnie jest to obowiązek, od którego zwolnić się można tylko w razie istnienia pewnych ważnych przyczyn (*excusationes*) i o przeniesieniu którego zapomocą zgody prywatnej nie może być mowy.

Słowem opieka ulega istotnym zmianom i w późniejszym prawie cesarskiem przyjmuje mniej więcej taką postać, jaką posiada w ustawodawstwach współczesnych.

Prawo rzymskie rozróżnia od dawna dwa rodzaje opieki: opiekę w znaczeniu właściwym, tutela i kuratelę, cura, lecz zasadniczej różnicy pomiędzy temi rodzajami niema. Różnica sprowadza się tylko do tego, że w tych wypadkach, w których do zawarcia aktu prawnego jest potrzebna zgoda opiekuna, to zgoda ta przy tutela wyraża się w formie *auctoritatis interpositio*, a przy cura w postaci zwykłego *consensus curatoris*. *Auctoritatis interposi-*

tio musiała być koniecznie udzielona zaraz przy zawarciu aktu prawnego przez pupila i w formie odpowiedzi opiekuna na odpowiednie zapytanie kontrahenta („auctor ne fis? — auctor fio”), podczas gdy consensus curatoris mógł być udzielony nie koniecznie in continenti, lecz mógł poprzedzić wyjawienie woli przez samego pupila lub nastąpić po niem.

Rola opiekuna lub kuratora mogła być rozmaita, zależnie od charakteru niezdolności do działania prawnego, która spowodowała ustanowienie opieki. Czasem ta niezdolność do działania prawnego będzie zupełna (małoletni, umysłowo chorzy); wówczas opiekun lub kurator winien całkowicie zastępować osobę oddaną pod opiekę lub kuratelę, winien samodzielnie załatwiać wszystkie jej sprawy. W innych wypadkach niezdolność do działania prawnego będzie tylko częściowa (niepełnoletni, marnotrawca); wówczas osoba oddana pod opiekę lub kuratelę może sama skutecznie jedynie akty nabycia, polepszające jej położenie (t. zw. negotia lucrativa, np. przyjęcie podarunku); do wszystkich pozostałych aktów prawnych (wyzbycia majątku, zaciągnięcia zobowiązania) niezbędna jest zgoda opiekuna lub kuratora; w tych wypadkach opiekun spełnia jedynie rolę wspomagającą działalność prawną pupila.

Gdy opiekun musiał zastępować pupila i sam załatwiać wszystkie jego sprawy, wówczas dla dawnego prawa rzymskiego powstawała trudność, ponieważ nie znało ono zastępstwa przy zawieraniu aktów prawnych, t. j. zawarcia aktu prawnego przez jedną osobę w imieniu i na korzyść osoby drugiej. Wskutek tego opiekun lub kurator zwykle występował jako negotiorum gestor: zawierał wszystkie akty prawne w swoim imieniu i dopiero potem (np. po osiągnięciu przez małoletniego odpowiedniego wieku) przenosił wszystkie prawa nabyte na osobę oddaną pod opiekę lub kuratelę. Lecz trudność ta przestała istnieć, gdy w czasie postępowania formułkowego pretor zaczął udzielać actiones utiles z przedstawieniem podmiotów: wówczas pupil otrzymywał skargi wprost przeciwko osobom, które zawarły akty prawne z jego opiekunem.

Początkowo opiekun przy zarządzaniu sprawami pupila nie był niczem krępowany w swej działalności: mógł zawierać

wszelkie akty prawne, sprzedawać rzeczy pupila, zastawiać je i t. p. Jedyne środki obrony interesów pupila były: *accusatio suspecti tutoris* — wniesienie przez kogośkolwiek skargi karnej przeciwko podejrzanemu opiekunowi, która mogła spowodować jego usunięcie i *actio rationibus distrahendis* — skarga wniesiona po ukończeniu opieki i posiadająca charakter karny: opiekun, który roztrwonił majątek pupila odpowiadał *in duplum*, jako *fur nec manifestus*. Lecz, jako skarga karna, *actio rationibus distrahendis* w razie śmierci opiekuna nie mogła być wniesiona przeciwko jego spadkobiercom.

Z biegiem czasu środki te okazały się niewystarczające i edykt pretorski jeszcze przy końcu rzeczypospolitej stworzył nowe skargi: dla opieki — *actio tutelae directa i contraria*, a dla kurateli — *actio negotiorum gestorum* także *directa i contraria*. Zapomocą *actio directa* pupil po ukończeniu opieki (albo nowy opiekun w razie zmiany) mógł żądać sprawozdania od opiekuna i zwrotu szkód nie tylko od niego samego, ale również od jego spadkobierców i to nie tylko w razie roztrwonienia, lecz także niedbalstwa lub bezczynności. Zapomocą *actio contraria* opiekun znów mógł żądać od pupila zwrotu poniesionych przez siebie wydatków; lecz wynagrodzenia za prowadzenie opieki prawo rzymskie nie знаło.

W celu doskonalszego zabezpieczenia interesów pupila, oprócz skarg wyliczonych, powstały później środki uzupełniające: po pierwsze powstaje zwyczaj żądania od opiekuna przy rozpoczęciu przez niego opieki zabezpieczenia — *satisfactio rem pupilli salvam fore*, a po drugie w okresie cesarstwa powstaje hipoteka ustawowa pupila na całym majątku opiekuna.

Lecz wszystkie te środki mogą okazać się bezskuteczne w razie niewypłacalności opiekuna. Z tego względu wzrastająca troska państwa o interesy pupilów wprowadza stopniowo różne ograniczenia opiekuna w jego działalności. I tak już prawo cywilne zabroniło opiekunom czynienia darowizn. Znacznie większe znaczenie posiada uchwała senatu z r. 195 po Chr., znana pod nazwą *oratio divi Severi* (fr. 1. D. 27. 9): zakazała opiekunom i kuratorom wyzbycia nieru-

chomości wiejskich *pupila* (*praedia rustica* i *suburbana*), z wyjątkiem jednak niektórych wypadków, w których było konieczne uprzednie pozwolenie władz opiekuńczych (*decretum de alienando*). Cesarz Konstantyn rozciągnął później ten zakaz i na inne bardziej wartościowe rzeczy, wskutek czego rola opiekuna sprowadziła się ostatecznie do roli zwykłego depozytariusza majątku oraz do prowadzenia bieżących, niecierpiących zwłoki, spraw.

Pomimo wspólnego charakteru opieki i kurateli, w poszczególnych jednak ich rodzajach widzimy pewne różnice.

1. *Tutela impuberum* i *cura minorum*. Najczęstszym wypadkiem niezdolności do działania prawnego jest niepełnoletność. Człowiek już od chwili swego urodzenia posiada zdolność prawną: może zaraz stać się właścicielem olbrzymiego majątku i podmiotem najbardziej złożonych stosunków prawnych. Lecz, rozumie się, udzielić mu zaraz także zdolności do działania prawnego nie można. Stąd też wszelkie prawa już od najdawniejszych czasów zdolność do działania prawnego uzależniają od osiągnięcia pewnego stopnia fizycznej umysłowej dojrzałości. Lecz powstaje pytanie, zapomocą jakich oznak można określić nastanie tej dojrzałości, osiągnięcie pełnoletności.

Zwykłe dziś ustalenie pewnego dla wszystkich wspólnego wieku — było obce dla dawnego prawa: tam decydującym momentem było zwykle osiągnięcie dojrzałości fizycznej — kiedy dziecko stawało się mężem. Moment ten nie był jednakowy dla wszystkich ludzi, wskutek czego określenie go dla każdej poszczególnej osoby zwykle należało do rodziny, a uznanie za dojrzałego oznaczano zapomocą pewnych oznak zewnętrznych — zamiany ubrania dziecięcego na ubranie dorosłych i t. p. Podobnie i prawo rzymskie przez długi czas różnicę pomiędzy *puberes* i *impubes* opierało jedynie na dojrzałości płciowej. Lecz oznaka ta nieokreślona, wystarczająca dla obrotu pierwotnego, z chwilą rozwoju stosunków ekonomicznych i prawnych nie mogła w zupełności wystarczyć. Warunki życiowe domagały się ustalenia pewnego określonego dla wszystkich wspólnego wieku dojrzałości. Dla kobiet kwestja ta została rozstrzygnięta na mocy zwyczaju nieco wcześniej,

niż dla mężczyzn: już w okresie prawników klasycznych dojrzałość dla nich następuje z chwilą osiągnięcia 12 lat. Odnosnie do mężczyzn widzimy jeszcze u prawników klasycznych zdania rozbieżne: Sabinianie stoją jeszcze na stanowisku dawnego punktu patrzenia („*qui habitu corporis pubes apparet, id est qui generare possit*“), podczas gdy Prokulejanie uważają za dojrzałych wszystkich, którzy osiągnęli 14 lat. Było również zdanie pośrednie (Priskusa), według którego konieczne było osiągnięcie 14 lat, a prócz tego i dojrzałości płciowej (Ulp. reg. XI. 28). Za czasów Justynjana przeważało zdanie Prokulejanów, które zostało umieszczone w Corpus (pr. In. 1. 22).

Lecz pomiędzy dzieckiem zaledwie urodzonym, a młodzieńcem zbliżającym się do pubertas, istnieje cały szereg stopni pośrednich: człowiek, rosnąc nabywa stopniowo zdolność orjentowania się—początkowo w rzeczach prostych, a potem i bardziej złożonych. Naturalnie z temi wszystkimi okresami przejściowymi prawo nie może się liczyć, lecz z drugiej strony nie może nieuznawać pewnych różnic znaczniejszych. Stąd też i prawo rzymskie wśród niedojrzałych rozróżnia dwie grupy — *infantes* i *infantiae maiores*. *Infantes* początkowo nazywają się dzieci, które jeszcze nie mogą mówić—„*qui fari non possunt*“; później jednak i tu zostało wprowadzone osiągnięcie pewnego wieku, mianowicie 7 lat. Dzieci od 7 do 14 lat są *infantiae maiores*.

Zależnie od wieku pupila rozmaita była rola opiekuna. *Infantes* nie biorą żadnego udziału w obrocie cywilnym; wszelkie objawianie przez nich woli nie ma żadnego znaczenia, nie może być nawet podstawą dla zgody opiekuna. Wskutek tego zastępuje ich całkowicie opiekun, który prowadzi ich sprawy według podanych wyżej warunków. Dzieci natomiast od 7 do 14 lat już posiadają pewną zdolność rozeznania, wskutek czego akty prawne nabywania mogą wykonywać nawet sami, bez zgody opiekuna; we wszystkich zaś innych wypadkach muszą działać przy współudziale opiekuna, który daje swoją *auctoritas*.

Po osiągnięciu 12 względnie 14 lat człowiek jest uważany za dojrzałego (*pubes*), a wskutek tego może prowadzić samodzielnie swoje sprawy. Lecz wiek ten dojrzałości

plciowej, wystarczający, być może, w czasach stosunków prostych, już od połowy rzeczypospolitej stał się niewystarczającym, ponieważ dzieci dojrzałe 14—15 lat stawały się coraz częściej przedmiotem wyzysku. Z tego względu około r. 190 przed Chr. została wydana specjalna ustawa — *lex Plaetoria*, która ustanowiła *iudicium publicum* (t. j. skargę karną) przeciwko osobom, które wykorzystywały niedoświadczenie młodzieńców, którzy byli dojrzałi, lecz nie osiągnęli 25 lat (*minores viginti quinque annis*). Następnie pretor rozszerzył zastosowanie tej ustawy i zaczął udzielać *exceptio* albo *restitutio in integrum* (*propter minorem aetatem*), nie tylko w wypadkach oczywistego oszustwa (*circumscriptio*), lecz wogóle w wypadkach niekorzystnych aktów prawnych. Dzięki temu powstała nowa kategoria — *minores*, którzy korzystali ze specjalnej opieki prawnej.

Lecz opieka ta posiadała i stronę ujemną. Ludzie zawierający akty prawne, widząc, że *minor*, jeżeli później uzna zawarty akt prawny za niekorzystny dla siebie, będzie mógł go obalić zapomocą *restitutio in integrum*, unikali z nimi stosunków prawnych i woleli je zawierać z osobami, w stosunku do których nie mogło to mieć miejsca. Odbijało się to ujemnie na samych *minores*, którzy wskutek tego zaczęli powoływać do współdziałania przy swych aktach prawnych specjalnych kuratorów — *curatores*. Współdziałanie kuratora, jego *consensus*, uniemożliwiało na przyszłość unieważnienie aktu prawnego i zabezpieczało pod tym względem kontrahentów. Początkowo tego rodzaju *curatores* byli ustanawiani każdorazowo *ad hoc*, lecz później w okresie cesarstwa (w szczególności od czasów cesarza Marka Aurelego) są już stałą instytucją (fr. 1.3. D. 4.4)—w tem znaczeniu, że powstaje zwyczaj ustanawiania kuratora w charakterze stałego i ogólnego pomocnika przy wszystkich aktach prawnych *minora*. Cesarz Dioklecjan nakazał nawet, aby, skoro *curator* został ustanowiony, wszelki akt prawny (nie tylko nabywania) zawarty przez samego *minora* bez jego współudziału był nieważny (c. 3. C. 2.21).

Lecz *minores* nie mają obowiązku ustanawiania kuratora; zależy to całkowicie od ich woli. Jeżeli *curator* nie

został ustanowiony, to minor zachowuje swoją zdolność do działania prawnego, jak pełnoletni; może zawierać wszystkie akty prawne i w razie ich szkodliwości dla siebie może, jak poprzednio, prosić o *restitutio in integrum*. Lecz w prawie późniejszym tacy *minores* bez kuratorów stanowią już wyjątek, a Justynjan w swych Instytucjach wygłasza ogólną zasadę: „*Masculi puberes et feminae viripotentes usque ad vicesimum quintum annum completum curatores accipiunt*” (pr. In. 1. 23). W ten sposób pełnoletność przesunięta została na 25 lat, a stanowisko osób od 14 do 25 lat prawie zostało zrównane ze stanowiskiem *infantiae maiores*.

2. *Tutela mulierum*. Drugi wypadek opieki w prawie rzymskim stanowi opieka nad kobietami. Kobieta w dawnych czasach i to nie tylko w prawie rzymskim uważana była za niezdolną do działania prawnego nawet wówczas, gdy nie znajdowała się ani pod władzą ojca ani pod władzą męża. Przyczyna tego spoczywała nie tyle w ówczesnej obyczajowości, ile raczej w charakterze pierwotnego porządku prawnego: jak wiemy, w czasach starożytnych posiadanie prawa i jego obrona były uzależnione od zdolności podmiotu do władania bronią.

Kobieta wskutek braku tej zdolności winna była przez całe życie swoje pozostawać pod opieką swego najbliższego agnata albo tej osoby, która została jej wyznaczona na opiekuna w testamencie ojca albo męża. Początkowo opieka ta nad kobietami posiada rzeczywiste znaczenie i bezwarunkowy charakter *manus*, lecz z biegiem czasu, z chwilą zmiany warunków życia prawnego, coraz więcej utracę swoje znaczenie, aż wreszcie na schyłku *rescypispolitej* posiada już tylko znaczenie formalne. Kobieta sama prowadzi swoje sprawy i jedynie do pewnych aktów, przeważnie dawnego charakteru cywilnego, potrzebuje *auctoritas* swojego opiekuna (prowadzenie *legis actio*, wyzbycie *res mancipi* i t. d. — Ulp. reg. XI. 27). Przyczem odmowa *auctoritas* przez opiekuna nie posiada już decydującego znaczenia: jego zgodę na skutek skargi kobiety może pretor wymóc (Gai. I. 190). Wskutek tego, ponieważ *tutor mulieris* nie prowadzi żadnych spraw,

nie zaciąga również żadnej odpowiedzialności: *actiones tutelae* nie posiadają tu żadnego zastosowania.

Lecz i w tej postaci opieka nad kobietami w początkach cesarstwa okazuje się zbyt krępującą i niepotrzebną, a Gajus (Gai. I. 190) powiada już, że istnienie jej nie posiada żadnej podstawy — „*nulla pretiosa ratio*”. Zwyczaj „wulgarna” („*quae vulgo creditur*”) opinia, jakoby kobiety wskutek właściwej sobie *levitas animi* stawały się często ofiarą oszustwa, według jego zdania, jest „*magis speciosa quam vera*”. Wskutek tego *tutela mulierum* stopniowo wychodzi z użycia. Już *lex Iulia et Papia Poppaea* zwalnia od opieki kobiety, które posiadają *ius liberorum*. Edykt cesarza Klaudjusza znosi wogóle główny wypadek opieki — *tutela legitima* (Gai I. 157). Ostatnie rzadkie wypadki opieki na podstawie testamentu męża albo ojca (*tutela dativa* w stosunku do kobiet nigdy nie była stosowana) stały się nawet prawnie niemożliwe po rozporządzeniu cesarza Honorjusza i Teodozjusza, które wszystkim kobietom udzieliło *ius liberorum* (c. 1. C. 8. 58).

Lecz zniesienie opieki nad kobietami nie oznacza bynajmniej zupełnego zrównania ich z mężczyznami. Cały szereg czynności prawnych pozostał do końca dla kobiet niedostępny „*feminae ab omnibus officiis civilibus vel publicis remotae sunt*” (fr. 2 pr. D. 50. 17). Nie mogą obejmować żadnych urzędów publicznych, nie mogą zastępować innych w sądzie, nie mogą być opiekunami (oprócz matki i babki w stosunku do swych własnych dzieci i wnuków). Z drugiej strony posiadają pewne przywileje. Tak np. w pewnych wypadkach mogą tłumaczyć się nieznajomością prawa, *ignorantia iuris*, narówni z *minores XXV annis*, żołnierzami i *rustici* (fr. 9 pr. D. 22. 6): udzielono im tego „*propter sexus infirmitatem*”. Odnosi się tu również *senatusconsultum Velleianum*, uchwała senatu z czasów cesarza Klaudjusza (46 r. po Chr.), która pozbawia mocy prawnej wszelką *intercessio* kobiety, t. j. wszelkie przyjęcie przez nią na siebie odpowiedzialności za cudzy dług (poręka, oddanie rzeczy w zastaw i t. d.). Jako motyw tego przepisu jest także „*imbecillitas sexus*”—słabość, zbytńia ufność kobiety (fr. 2. 1 i 2. D. 16. 1). Jak widzimy, ta „wulgarna” opinia,

o której mówi Gajus, wywierała wpływ na ustawodawstwo i do końca pozostawiła w niem swoje ślady.

3. *Cura furiosi* — kuratela nad umysłowo chorymi i obłąkanymi (*furiosi*, *dementes*, *mente capti*)—znana była już ustawom XII tablic, które stanowiły: „*Si furiosus escit, ast ei custos nec escit, agnatum gentiliūque in eo pecuniaque eius potestas esto*”. W ten sposób i tu kuratela należała do najbliższego agnata i dziedzica, przyczem dawała mu potestas nad osobą i majątkiem podlegającego jej. Dalszy rozwój tej instytucji szedł po przedstawionej wyżej drodze coraz to ściślejszej kontroli ze strony władzy państwowej, a w prawie Justynjana kuratora dla umysłowo chorego zwykle naznacza już władza państwowa (§ 3. In. 1. 23). Chory umysłowo jest zupełnie pozbawiony zdolności do działania prawnego, wskutek czego curator zastępuje go we wszystkim, lecz z temi ograniczeniami, które wyliczyliśmy wyżej. Wyznaczenie kuratora musiało poprzedzić zbadanie umysłowego stanu chorego przez magistraturę, od której zależało ustanowienie kuratora. W świątłych chwilach (*lucida intervalla*), kiedy umysłowo chory wracał do użycia rozumu, stawał się również zdolnym do działania prawnego.

4. *Cura prodigi*—kuratela nad marnotrawcą — także była znana już ustawom XII tablic (*fr. 1 pr. D. 27.10*). Na skutek doniesienia osób zainteresowanych (przedewszystkiem najbliższych krewnych) magistratus, później pretor, przeprowadzał dochodzenie i jeżeli stwierdził wadę marnotrawstwa, wydawał marnotrawcy zakaz — *interdictio*. Zwykła forma takiego zakazu brzmiała: „*Quando tibi (tu?) bona paterna avitaque nequitia tua disperdis liberosque tuos ad egestatem perducis, ob eam rem tibi ea re commercioque interdico*”. (*Pauli sent. 3. 4a. 7*). Jak ze słów tych widać początkowo zakaz odnosił się tylko do majątku odziedziczonego po ojcu i dziadku, który winien był przejść do dzieci marnotrawcy; lecz z biegiem czasu zakaz ten rozciągnięto wogóle na wszelki majątek. Marnotrawca był ograniczony w swej zdolności do działania prawnego i pozostawał pod nadzorem kuratora. Sam mógł zawierać akty prawne odnoszące się jedynie do nabywania, do wszystkich zaś pozostałych potrzebował *consensus curatoris*.

Oprócz rozpatrzonych zasadniczych wypadków kurateli, w prawie rzymskiem, w okresie zupełnego jego rozwoju, widzimy cały szereg innych wypadków, kiedy to wskutek pewnych przyczyn pretor wyznaczał czasowego kuratora: np. curator bonorum niewypłacalnego dłużnika; curator spadku, dopóki nie zostanie on nabyty przez dziedzica; curator ventris dla obrony interesów, mającego się urodzić dziecka i t. d.

ROZDZIAŁ V.

HISTORIA DZIEDZICZENIA.

§ 33. OGÓLNY PRZEBIEG ROZWOJU RZYMSKIEGO PRAWA SPADKOWEGO.

Z chwilą śmierci osoby powstaje kwestja losu jej majątku i wogóle jej stosunków prawnych — wierzytelności, długów i t. d. Według pojęć współczesnych w razie śmierci, majątek zmarłego nie rozpada się na swoje części składowe, lecz, zachowując swoją poprzednią jedność, przechodzi na spadkobierców, którzy wstępują we wszystkie stosunki prawne zmarłego, stają się właścicielami jego rzeczy, wierzycielami i dłużnikami na podstawie jego zobowiązań. Takie przejście majątku w całości, takie następstwo w całokształt stosunków prawnych, nazywamy dziedziczeniem.

Podane pojęcie dziedziczenia, przenikające całe prawo współczesne, opracowanie swoje w znacznym stopniu zawdzięcza prawu rzymskiemu, które pierwsze sformułowało, a następnie przeprowadziło myśl o uniwersalnym charakterze sukcesji spadkowej. „*Hereditas nihil aliud est, quam successio in universum ius quod defunctus habuerit*” — głoszą zupełnie wyraźnie źródła (fr. 62. D. 50. 17). Idea jednak dziedziczenia, jako sukcesji uniwersalnej, bynajmniej nie jest wrodzona ludzkości, lecz została opracowana w ciągu długiego procesu rozwoju historycznego i w samem prawie rzymskiem, chociaż powstała wcześniej, w każdym razie nie odrazu.

Z chwilą śmierci człowieka przestaje istnieć podmiot praw; wskutek tego, według pojęć pierwotnej świadomości prawnej, rzeczy, które należały do zmarłego, stawały się bezpańskie, wierzytelności traciły swojego wierzyciela, a długi swojego

dłużnika. O żadnem dziedziczeniu, sukcesji, nie mogło być mowy: majątek zmarłego rozpadał się na swoje części składowe, z których jedne (wierzytelności i długi) gasły, a drugie —rzeczy materialne—jako do nikogo nie należące mogły być przez każdego zawłaszczone.

Nawet w prawie rzymskiem spotykamy się z oddźwiękiem tego pierwotnego poglądu. Wiemy już, że nawet w późniejszym Rzymie zobowiązania z przestępstw zasadniczo nie przechodziły na dziedziców oraz że najdawniejszymi zobowiązaniami wogóle były zobowiązania z przestępstw. Następnie wiemy także, że w wypadkach *capitis deminutio* wierzytelności i długi *capite deminutus* według zasad dawnego prawa cywilnego gasły, a *capitis deminutio* w najdawniejszem swem stadium była niczem innem, jak śmiercią cywilną. Wreszcie co się tyczy rzeczy, to ciekawą pod tym względem była nauka prawników klasycznych, mianowicie, że *res hereditariae*, dopóki spadek nie został nabyty przez spadkobierców, stanowiły rzeczy niczyje — „*nullius in bonis sunt*“ (fr. 1 pr. D. 1. 8), a wskutek tego zawłaszczenie ich nie stanowiło furtum — „*rei hereditariae furtum non fit*“ (fr. 6. D. 47. 19, fr. 69. D. 47. 2). Nie znaczy to jednak, jakoby ten, kto rzecz, należącą do spadku, zawłaszczył w okresie klasycznym stawał się właścicielem (dziedzic mógł ją windykować), lecz że pojęcie furtum nie miało tu zastosowania i że kto rzecz zawłaszczył nie odpowiadał jako fur. Zasada ta może być zrozumiana jedynie jako pozostałość z bardzo odległych czasów.

Lecz brak dziedziczenia i zawłaszczanie rzeczy po zmarłych możliwe było jedynie przy bardzo pierwotnym ustroju społecznym, kiedy społeczeństwo tworzyło grupę izolowanych indywiduów i nie posiadało w swoim łonie żadnych ściślejszych jednostek zbiorowych. Stan ten ulega zmianie, gdy powstaje rodzina patriarchalna, a na jej podstawie ród patriarchalny. Indywiduum jest już obecnie otoczone koncentrycznymi kołami osób, z którymi jest związane jednością pochodzenia i pokrewieństwa i które bliższe są w stosunku do niego, niż wszyscy inni członkowie społeczności. Rodzina stanowi ścisły zespół osób związany wspólnością życia, ma-

jątku i kultu religijnego. Przynależność majątkowa posiada w znacznym stopniu charakter własności rodzinnej: wiemy, że w czasach pierwotnych ziemia należy nie tyle do poszczególnych patresfamilias, ile raczej do rodzin, jako takich. Rzecz naturalna, że w tych warunkach w razie śmierci pana domu już nie może być mowy o bezpańskim gruncie rodzinnym i tem wszystkiem co z nim jest związane: jeszcze za życia władcy domu należy on już do wszystkich przedstawicieli rodziny. Religja, a w szczególności kult przodków, tworzą nowy motyw: spokój pozagrobowy zmarłego domaga się ustawicznej pieczy ze strony żyjących o ściśle wykonywanie sacra. Komu jest bowiem bliższe szczęście duszy zmarłego, jak nie jego potomkom i kto posiada większe prawo do jego majątku, jak nie ci, do których ta piecza należy?

Pod wpływem tych wszystkich motywów bezpańskość majątku po zmarłym zamienia się na przechodzenie spadku do najbliższych krewnych. Lecz, jak wskazuje historia, z tem bynajmniej nie jest jeszcze związane przejście zobowiązań, a w szczególności długów¹. Wspomnieliśmy już o wypadkach (*capitis deminutio*, np. *arrogatio*, *conventio in manum*), kiedy to w prawie rzymskiem przejście rzeczy (do *arrogatora*) nie pociągało za sobą *ipso iure* odpowiedzialności za długi. Naturalnie rozwój życia ekonomicznego nie może zgodzić się na taki porządek: cały obrót cywilny przy nim byłby uzależniony od przypadkowości (śmierci kontrahenta). Konieczną więc było rzeczą, aby odpowiedzialność za długi szła za majątkiem i przechodziła na spadkobierców.

Prawo rzymskie dość wcześnie uczyniło i ten krok ostatni, przyczem nadało sukcesji spadkowej charakter nie tylko odpowiedzialności majątkowej spadku, lecz także odpowiedzialności osobistej samego spadkobiercy — nawet swym własnym majątkiem. Przyczyną tego był prawdopodobnie starodawny, wyrosły na gruncie wierzeń religijnych, pogląd Rzymian o sukcesji osobowości. Transcendentalny pogląd o nieśmiertelności indywiduum w swem potomstwie był punktem wyjścia rzymskiego prawa spadko-

¹ Por. *Knip*, *Gai Institutiones*, II, 1912, str. 187 nn.

wego (Mitteis)¹. Idea sukcesji osobowości towarzyszy potem prawu rzymskiemu do samego końca, powtarzając się w zdaniach z różnych czasów („*Hereditas... personam defuncti sustinet*” — fr. 34. D. 41.1; „*nostris videtur legibus una quodammodo persona heredis et illius, qui hereditatem in eum transmittit*” — praef. Nov. 48) i dodając spadkobraniu rzymskiemu pewne szczególne cechy, np. niemożność zrzeczenia się spadku przez *sui heredes* i t. d.

W każdym razie pojęcie dziedziczenia jako sukcesji uniwersalnej zna rzymskie prawo spadkowe już od czasów dawnego *ius civile*. Jednocześnie obok tej sukcesji uniwersalnej, *hereditas*, zna *ius civile* także sukcesję singularną na wypadek śmierci w postaci zapisów (*legata*): spadkodawca może w swym testamencie nałożyć na spadkobiercę obowiązek wydania czegoś pewnym osobom. Takie zapisy dają tym osobom tylko prawa poszczególne, nie nakładając na nie ani praw ani obowiązków dziedzica.

Powstawszy na gruncie rodzinnego i rodowego ustroju, dziedziczenie początkowo posiada charakter pewnego naturalnego i przez wolę prywatną niezmiennego porządku. Dziedzicami stają się w sposób naturalny i konieczny te osoby, które są bliższe w stosunku do zmarłego według patryarchalnego pokrewieństwa: jeżeli zmarły zostawił dzieci, to one wstępują w jego majątek; jeżeli dzieci niema, to majątek przechodzi na te osoby, z którymi zmarły przedtem tworzył wspólną rodzinę i t. d., aż do wyczerpania rodu. W ten sposób porządek powołania do dziedziczenia określa się na podstawie porządku pokrewieństwa; porządek pokrewieństwa stanowi naturalne prawo dziedziczenia i w tem znaczeniu można powiedzieć, że w czasach najdawniejszych istnieje tylko dziedziczenie na podstawie ustawy — *hereditas legitima*. Ten porządek ustawowy początkowo stoi ponad wszelką wolą prywatną i posiada charakter niezmienności. W tym okresie w historii każdego narodu ma zastosowanie zdanie, które charakteryzuje dawne prawo ger-

¹ *Mitteis, Römisches Privatrecht*, I str. 93. *Knip*, I c., uważa następstwo w długi jako rezultat kapłańskiego prawa zwyczajowego

mańskie: „Solus deus heredem facere potest non homo”.

Powoli jednak znaczenie indywiduum wzrasta, rodzinny charakter własności zmniejsza się, prawa pana domu odnośnie do rozporządzania majątkiem zwiększają się. Za prawem rozporządzania majątkiem za życia następuje prawo rozporządzania nim na wypadek śmierci; innemi słowy powstaje wolność testowania. Lecz rozwija się ona u różnych narodów w sposób rozmaity: u jednych proces rozwoju odbywa się prędzej, u drugich wolniej. Przytem wolność testowania często w stosunku do jednych majątków (nabytych) zostaje uznana wcześniej, a w stosunku do innych (dziedzicznych, rodowych) dopiero później. Rozporządzenie testamentowe początkowo posiada charakter, to wydania czegoś ze spadku, to podziału spadku pomiędzy ustawowych dziedziców, to usynowienia dziedzica. Jasny i różnostronny obraz powolnego stopniowego rozwoju wolności testowania przedstawia np. historia prawa germańskiego. Co się tyczy prawa rzymskiego, to w niem testament jest już instytucją dawnego *ius civile*. Ustawy XII tablic znają *testamentum*, jako akt uchylający porządek dziedziczenia ustawowego („*si intestato moritur*”...), oraz sankcjonują rozporządzenia ostatniej woli *paterfamilias*: „*Uti legassit super pecunia tutelave suae rei, ita ius esto*”. Chociaż, jak zobaczymy niżej, kwestja zupełnej wolności testowania w okresie XII tablic może być sporna, to jednak nie ulega wątpliwości, że już według ustaw XII tablic testament, przynajmniej w pewnych warunkach, uchyla dziedziczenie ustawowe, zamieniając spadkobiercę ustawowego na spadkobiercę testamentowego. W ten sposób obok *hereditas legitima* powstaje drugi rodzaj dziedziczenia—*hereditas testamentaria*.

Lecz przytem charakterystyczną cechą prawa rzymskiego jest zasada: „*Nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest*” (fr. 7. D. 50. 17; wyjątek tylko dla żołnierzy — fr. 6. D. 29. 1): dziedziczenie na podstawie testamentu z konieczności wyklucza dziedziczenie na podstawie ustawy, obydwie rodzaje jednocześnie nie mogą mieć miejsca („*earum rerum naturaliter inter se pugna est*”—

fr. 7 cit.). Gdyby np. testator wyznaczył dziedzicowi tylko $\frac{1}{2}$ swojego spadku, druga połowa również przejdzie na niego, a nie na dziedzica ustawowego. Zasada ta powstała prawdopodobnie na podstawie interpretatio przepisów ustaw XII tablic („si intestato moritur...”), lecz później tak silnie przyjęła się w świadomości prawnej, że zdawała się być naturalną.

Chociaż wolność testowania powstała w Rzymie już bardzo wcześnie, to jednak dawna zasada własności rodzinnej nie znikła zupełnie bez śladu. Toż samo dawne *ius civile*, które udziela panu domu prawa przekazywania swego majątku komu zechce, równocześnie nakłada na niego pewne ograniczenia na korzyść podwładnych członków jego rodziny. Z biegiem czasu ograniczenia te wzrastają, przyczem niewykonanie wymaganych przez prawo warunków może pociągać za sobą nieważność testamentu, dziedziczenie wbrew testamentowi, *hereditas contra tabulas testamenti*. Podstawą tych wszystkich ograniczeń jest myśl o prawie niektórych bliskich względem testatora osób do pewnego obowiązkowego, koniecznego udziału ich w spadkobranii. Wskutek tego system rzymskiego prawa spadkowego zostaje uzupełniony przez trzeci rodzaj dziedziczenia — dziedziczenie konieczne.

Dalszy rozwój rzymskiego dziedziczenia znajduje się pod wielkim wpływem prawa pretorskiego. Podobnie jak prawie we wszystkich dziedzinach prawa cywilnego obok instytucyj cywilnych pretor wydaje swoje specjalne instytucje pretorskie, tak samo i w dziedzinie spadkowej system cywilnej *hereditas* zostaje uzupełniony i poprawiony przez system instytucji pretorskiej *bonorum possessio*.

Istota *bonorum possessio* polega na tem, że pretor pewne osoby wprowadza w posiadanie spadku, udzielając im w celu otrzymania majątku spadkowego specjalnego interdyktu — *interdictum quorum bonorum* (*interdictum adipiscendae possessionis*). Przyczem wprowadzenie to niekiedy posiada jedynie czasowy, przedwstępny charakter: zjawia się osoba druga, np. spadkobierca cywilny i posiadacz będzie musiał zwrócić jej spadek; *bonorum possessio* w tym wypadku będzie *sine re* (Ulp. reg. 28. 13). W innych wypadkach

bonorum possessio będzie ostatecznem i niezaprzeczalnem posiadaniem przez tego, kto o nie prosił, przyczem nieraz takim ostatecznym posiadaczem będzie ten, kto posiada cywilne prawo do spadku (bonorum possessio będzie wówczas *iuris civilis adiuvandi gratia*), a czasem zupełnie inna osoba, której pretor udziela posiadania, uzupełniając i poprawiając system cywilny (*iuris civilis supplendi lub corrigendi gratia*).

Jeżeli bonorum possessio zostanie udzielone nie spadkobiercy cywilnemu, lecz innej osobie, jeżeli bonorum possessio występuje *iuris civilis corrigendi gratia*, to wówczas na podstawie tej kolizji powstają znane już nam stosunki, kiedy jedna osoba będzie posiadać *nudum ius Quiritium*, a druga będzie broniona *tutione praetoris*. Pozbawić cywilnego dziedzica jego stanowiska *heres* pretor nie może, ale może uczynić jego stanowisko, jako dziedzica, *sine effectu*: odmawiając mu skarg, może zamienić jego prawo na *nudum ius*. Z drugiej strony uczynić bonorum possessora cywilnym dziedzicem, udzielić mu *ius Quiritium* pretor także nie może, lecz może przez udzielenie mu skarg, jako *actiones utiles*, stworzyć dla niego stanowisko analogiczne do dziedziczenia—ustanowić go *heredis loco*, *heredis vicem* (§ 2. In. 3. 9). Bonorum possessor będzie posiadał, jeżeli nie kwirytarną, to bonitarną własność na rzeczach spadkowych, będzie wierzycielem i dłużnikiem na podstawie zobowiązań spadkowych i t. d. Dzięki tej możliwości pretor mógł wywrzeć wpływ reformatorski na całą dziedzinę spadkobrania.

Kwestja pochodzenia bonorum possessio do dziś dnia pozostaje kwestją sporną. W jaki sposób pretor doszedł do idei ingerencji w system dziedziczenia cywilnego i jakie myśli przewodnie nim kierowały? Według zdania jednych (*Savigny*), bonorum possessio powstała po raz pierwszy wówczas, gdy wystąpiły na jaw bardzo wyraźne sprzeczności pomiędzy systemem cywilnym, a zmienionymi warunkami (np. pozbawienie prawa dziedziczenia usamowolnionych synów); w celu usunięcia tych sprzeczności, a zatem początkowo *iuris civilis corrigendi gratia*, pretor zaczął udzielać wprowadzenia w posiadanie. Według drugich (*Vangerow, Dernburg, Girard* i in.), bonorum possessio powstała początkowo jako tymcza-

sowe wprowadzenie w posiadanie na czas sporu o dziedziczenie pomiędzy dwoma pretendencjami, podobnie jak, według niektórych, interdykty posesoryjne wogóle powstały z tymczasowego posiadania rzeczy z powodu rei vindicatio. Według zdania trzecich (*Huschke*), bonorum possessio służyła początkowo do uregulowania sprawy zasiedzenia spadku: jeżeli dziedzic cywilny nie obejmował spadku, to każdy mógł go zawłaszczyć, przyczem po upływie roku zawłaszczający nabywał wszystkie prawa dziedzica cywilnego (*usucapio pro herede*); w celu usunięcia zawłaszczania spadku przez osoby, nie posiadające żadnych podstaw, pretor zaczął udzielać wprowadzenia w posiadanie według swego uznania. Wreszcie ostatni (*Leist, Sohm i in.*), opierając się na analogicznych zjawiskach prawa attyckiego, przypuszczają, że bonorum possessio powstała po raz pierwszy w zastosowaniu do dziedziców, nie należących do rodziny zmarłego (*heredes extranei*), a stąd też nie będących oczywistymi, bezspornymi spadkobiercami: z braku oczywistości ich praw spadkowych („*si de hereditate ambigitur*“) winni byli prosić uprzednio pretora o wprowadzenie w posiadanie.

W ostatecznym rezultacie wprowadzenie w posiadanie masy spadkowej i urzeczywistniający je interdykt *quorum bonorum* miały to samo ogólne źródło, z którego wogóle powstały środki pretorskie, t. j. ideę ochrony cywilnego spokoju i porządku. Jeżeli spadkobierca należał do rodziny zmarłego (był *suus heres*) i znajdował się w chwili śmierci w jego domu, to już *eo ipso* stawał się posiadaczem spadku i nie potrzebował żadnego specjalnego wprowadzenia ze strony pretora. Wszelkie zakusy na zawłaszczenie spadku mógł usunąć zapomocą zwykłych interdyktów posesoryjnych. Inne było stanowisko dziedzica, *suus* lub *extraneus*, jeżeli nie znajdował się w domu, wogóle w gospodarstwie, zmarłego w chwili jego śmierci: musiał jeszcze nabyć spadek. Próba takiego nabycia mogła spotkać się ze sprzeciwem ze strony tych, którzy, nie mając żadnego prawa, spadek już posiadali. Zastosowanie siły własnej było dla dziedzica środkiem niepewnym, a przytem z punktu patrzenia spokoju publicznego niepożądanym. Z tego względu pretor obiecał swoją pomoc tym osobom, które zwrócały się do niego i w ogólnym, suma-

rycznym porządku (*causae cognitio*) dowiodą (albo przynajmniej stwierdzą prawdopodobieństwo) swojego prawa spadkowego. Lecz początkowo pretor miał na celu wprowadzenie w posiadanie jedynie prawdopodobnego dziedzica cywilnego, t.j. *iuris civilis adiuuandi gratia*.

Wkrótce jednak różne braki systemu cywilnego zmusiły go do wyjścia poza granice tej skromnej roli. Jedną z osobliwości historycznych tego systemu był brak t. zw. *successio graduum et ordinum*: jeżeli najbliższy dziedzic nie nabył spadku, to nie przechodził on na dalszego według porządku pokrewieństwa, lecz stawał się bezdziedzicznym, a stąd w czasach pierwotnych bezpańskim. Stan ten musiał naturalnie wkrótce okazać się nienormalnym i pretor zaczął udzielać *bonorum possessio* następnemu krewnemu według porządku, występując tu już *iuris civilis supplendi gratia*.

Wreszcie pretor uczynił i ostatni w tym względzie krok: zaczął w pewnych wypadkach udzielać *bonorum possessio* wbrew cywilnemu prawu spadkowemu — *iuris civilis corrigendi gratia*. Tak np. w czasach dawnych, kiedy rodzina patryjarchalna stanowiła jeszcze rzeczywiste zjawisko, było rzeczą naturalną, iż dzieci, które wyszły z tej rodziny, np. *fili* *emancipati*, bywały usuwane od dziedziczenia. Lecz z biegiem czasu to usunięcie ich, a wskutek tego przechodzenie spadku na innych, często bardzo dalekich, krewnych okazało się niesprawiedliwością, dzięki czemu pretor zaczął udzielać usamowolnionym synom *bonorum possessio*, poprawiając przez to system cywilny odpowiednio do zmian zaszłych w świadomości prawnej środowiska.

Początkowo pretor udzielał *bonorum possessio* po uprzednim osobistym zbadaniu okoliczności sprawy (*causae cognitio*) zapomocą swej osobistej konkretnej decyzji (*decretum*), wskutek czego *bonorum possessio* w ten sposób otrzymana jest *bonorum possessio decretalis*. Powoli jednak w praktyce pretorskiej wytworzyły się pewne ustalone zasady odnośnie do tego, kiedy *bonorum possessio* należy udzielać i pretorowie zaczęli zasady te umieszczać w swym edyktie. W celu otrzymania *bonorum possessio* wystarczało teraz już tylko dowieść istnienia okoliczności wzmiankowanych w edyk-

cie, a bonorum possessio będzie udzielona „zgodnie z edyktem” — bonorum possessio edictalis. Dzięki tym, przez cały czas rozwijającym się, zasadom edyktu pretorskiego, pretorski system bonorum possessio w bardzo istotny sposób wpłynął na rzymskie prawo spadkowe, przyczem wspólne istnienie hereditas i bonorum possessio trwa nie tylko w ciągu całego okresu klasycznego, lecz i w czasach późniejszych, aż do Justynjana.

Lecz nie tylko pretor przyczynił się do udoskonalenia prawa spadkowego. Bardzo ważna zasada nowszego dziedziczenia koniecznego wytworzyła się na schyłku rzeczypospolitej lub na początku cesarstwa w praktyce sądu centumwiralnego, do którego należały spory o dziedziczenie.

Również ustawa dawstwo nie pozostało bez wpływu na sprawy spadkowe. Już w okresie rzeczypospolitej powstają poszczególne ustawy, które rozstrzygają pewne kwestje spadkowe (np. ustawy o ograniczeniu wolności zapisów). W okresie pryncypatu zamiast leges występują senatus consulta, z których cała masa odnosi się do prawa spadkowego. Z chwilą wzrostu władzy cesarskiej i w dziedzinie spadkowej na plan pierwszy występują rozporządzenia cesarskie.

Pod wpływem tych wszystkich czynników rzymskie prawo spadkowe powoli bardzo odstąpiło od tych zasad, na których opierał się dawny system prawa cywilnego. W bardzo licznych punktach został on zmieniony tak przez edykt pretorski, jak również poszczególne ustawy, wskutek czego za czasów Justynjana rzymskie prawo spadkowe, szczególnie dziedziczenie ustawowe, tworzyło system nadzwyczaj złożony i zawiły. Podczas prac nad utworzeniem Corpus Iuris Civilis Justynjan nie widział jeszcze możliwości dokonania ogólnej przebudowy dziedziczenia na podstawie zasad nowych, wskutek czego w Corpus widzimy jeszcze aglomerat różnych warstw historycznych. Uczynił to dopiero zapomocą swych rozporządzeń późniejszych, nowel, z których zasadnicze znaczenie posiadają nowele 118 (z 543 r.) i 127 (z 548 r.), reformujące dziedziczenie ustawowe oraz nowela 115 (z 542 r.), normująca dziedziczenie konieczne.

§ 34. HISTORIA RZYMSKIEGO TESTAMENTU.

Jak już widzieliśmy, dziedziczenie testamentowe powstało w historii później, niż dziedziczenie ustawowe. Lecz z chwilą swego powstania bardzo szybko zajęło w Rzymie stanowisko dominujące: już ustawy XII tablic zaczynają swój przepis o dziedziczeniu ustawowym od warunku: „Si intestato moritur”, uważając testament jako rzecz zupełnie normalną. W prawie późniejszym to stanowisko dominujące testamentu jeszcze bardziej wzrosło, tak że, jeżeli znana charakterystyka Ferdynanda Lassala¹ — „dla Rzymianina testament był tem, czem dla Egipcjanina grobowiec”, — jest pewną przesadą, to w każdym razie nie ulega wątpliwości, iż z punktu patrzenia ducha prawa rzymskiego dziedziczenie testamentowe zajmuje pierwsze miejsce.

Charakter jednak najdawniejszego testamentu rzymskiego jest kwestją bardzo sporną.

Według świadectwa Gajusa (II. 101), najdawniejsze prawo rzymskie znało dwa rodzaje testamentów: *testamentum comitiis calatis* i *testamentum in procinctu*.

Testamentum comitiis calatis jest to testament dokonany na kurjałnem zgromadzeniu narodowem zwołanem i odbywającem się pod przewodnictwem *pontifex maximus*. Według świadectwa Gajusa, *comitia* zwoływano w tym celu dwa razy do roku, prawdopodobnie 24 marca i 24 maja. W obecności całego narodu testator ustnie oświadczał swoją wolę, t. j. wyznaczał dziedzica, do czego mógł następnie dołączyć różne inne rozporządzenia i zwracał się do narodu z prośbą, która prawdopodobnie brzmiała mniej więcej w ten sposób: „*Ita do, ita lego, ita testor, itaque vos, Quirites, testimonium mihi perhibetote*”. W czasach nieco późniejszych to zwracanie się do narodu oraz współdziałanie narodu stało się jedynie czczą formalnością, lecz niewątpliwie w starożytności tak nie było. Jakie jednak jest realne znaczenie historyczne tego aktu wobec zgromadzenia narodowego, pozostaje kwestją, co do której niema jednoznaczności.

¹ F. Lassalle, *System der erworbenen Rechte*, Bd. II, str. 21

Znaczna grupa uczonych¹, zwracając uwagę na to, że tak testamentum jak i usynowienie (arrogatio) były dokonywane jednakowo na comitia calata i opierając się na analogicznych zjawiskach prawa greckiego, mniema, że najdawniejszym testamentem rzymskim jest właśnie arrogatio przyszłego dziedzica, wprowadzenie go do rodziny testatora i uczynienie go w ten sposób dziedzicem ustawowym. Arrogatio taka prawdopodobnie pierwotnie była dozwolona jedynie w razie bezpotomności testatora i tworzyła sztuczne uzupełnienie brakujących sui heredes. Z punktu patrzenia tej teorii dziedziczenie testamentowe organicznie łączyło się z dziedziczeniem ustawowym, było jedynie dalszym jego ciągiem.

Lecz teoria ta spotkała się z całym szeregiem zarzutów z punktu patrzenia niezgodności arrogatio i testamentum w swych skutkach. Najważniejsza niezgodność zawiera się w tem, że arrogatio pociąga za sobą capitis deminutio usynawianego i zerwanie węzłów agnacyjnych z poprzednią rodziną, podczas gdy dla osoby wyznaczonej na dziedzica podobne skutki nie istnieją. Przedstawiciele teorii arrogatio usiłują jednak odeprzeć ten zarzut, opierając się na tem, że testamentum stanowi arrogatio już w formie osłabionej.

Nie można zaprzeczać, że w formie arrogatio można było zadośćuczynić potrzebie wyznaczania dziedzica i często to czyniono; może nawet był to historycznie najdawniejszy surrogat testamentum; następnie bardzo prawdopodobny jest znaczny wpływ arrogatio na pewne strony stanowiska dziedzica testamentowego. W każdym jednak razie arrogatio nie jest testamentum i dopóki prawo rzymskie znało tylko ten sposób wyznaczania dziedzica, dopóty nie znało testamentu we właściwym tego słowa znaczeniu.

Testamentum comitiis calatis jest jednak rzeczywistym testamentem, różnym od arrogatio już w okresie ustaw XII tablic: gdyby testament był usynowieniem, to ustawy XII tablic nie mogłyby odróżniać dziedzica testamentowego od sui heredes, co jednak czynią w przepisie o dziedziczeniu ustawowym: „Si intestato moritur cui suus heres nec escit, adgnatus proximus familiam habeto”. Z tego wi-

¹ Sohm, Instytucje, w tłum. pol. str. 576-7.

dać, że już w tym czasie testamentum tworzy zupełnie odrębny akt, mający na celu uczynienie ustanowionego spadkobiercy po śmierci testatora uniwersalnym jego dziedzicem. Lecz ponieważ podobne ustanowienie wkracza w ogólny ustrój rodzinnych, rodowych, a nawet ogólnopństwowych stosunków oraz dotyczy spraw sakralnych, konieczna była do tego sankcja całego narodu na comitia calata. W ten sposób testamentum comitiis calatis w swej pierwotnej postaci jest tylko specjalną ustawą, podobną do arrogatio, cooptatio in patriciis i t. p. Ponieważ testamentum comitiis calatis historycznie powstaje później, niż arrogatio, przeto staje się zwykłym środkiem do urzeczywistnienia tej potrzeby, którą przedtem w sposób jedynie uboczny spełniała arrogatio.

Początkowo współdziałanie narodu przy testamentach było rzeczywistem i w tem znaczeniu, że naród mógł odrzucić rogatio testatora. Dopiero z biegiem czasu testamentum comitiis calatis zamienia się na zwykły, lecz publiczny, a kt woli prywatnej. Z tą przemianą jest związana kwestja sporna, mianowicie czy testament rzymski doszedł do tego punktu rozwoju już w epoce XII tablic, czy jeszcze nie. Ustawy XII tablic głoszą: „Uti legassit super pecunia tutelave suae rei, ita ius esto”. Mimo, że sami prawnicy rzymscy łączyli zupełną wolność rozporządzeń testamentowych już z tym przepisem ustaw XII tablic (fr. 120. D. 50. 16: „Verbis legis XII tabularum his „uti legassit suae rei ita ius esto” latissima potestas tributa videtur”), to jednak cały zastęp współczesnych uczonych¹ mniema, że przepis ten posiadał treść węższą. Oznaczał on, że jedynie rozporządzenia testatora odnośnie do opieki nad swojemi dziećmi i odnośnie do poszczególnych zapisów „pecunia”, musiały być koniecznie zatwierdzone przez zgromadzenie narodowe: samo zaś ustanowienie dziedzica i rozporządzenia odnośnie do „familia” należą jeszcze do rozpatrywania i decyzji narodu, przyczem naród może je także odrzucić. W każdym razie, jeżeli

¹ Ihering, *Entwicklungsgeschichte des römischen Rechts*, str. 88; *Mitteis*, *Römisches Privatrecht*, I, str. 82; *Sohm*, *Instytucje*, str. 577—8; Przeciwnie: *Girard*, *Manuel*, str. 804, note 3.

nie według ustaw XII tablic, to niewątpliwie wkrótce po nich współdziałanie ze strony narodu zamieniło się na zwykłą sankcję formalną.

Drugim rodzajem najdawniejszego testamentu jest *testamentum in procinctu*, t. j. testament sporządzony wobec narodu w pochodzie bojowym, przed bitwą. *Procinctus*, szyk bojowy, stanowi naturalną zamianę pokojowych *comitia calata*, wówczas gdy są one niemożliwe.

Jak widzimy, obie formy dawnego testamentu rzymskiego stanowią testament publiczny i ustny: wola testatora winna być oświadczona wobec narodu, a stąd winna być znana wszystkim. Okoliczność ta tworzyła naturalnie pewną niedogodność dla testatorów, którzy częstokroć woleliby nie wyjawiać ustnie swych rozporządzeń na wypadek śmierci. Ponadto każda z tych form posiadała swoje specjalne niedogodności: *testamentum comitiis calatis* przez to, że mógł być sporządzony tylko w pewnych terminach (mianowicie dwa razy do roku), a *testamentum in procinctu* przez to, że był niedostępny dla starców, nie biorących już udziału w wojsku: tymczasem potrzebę testowania szczególnie odczuwali starcy i osoby chore.

Z tego względu wkrótce po ustawach XII tablic, w okresie interpretatio, w celu zadośćuczynienia tej potrzebie powstaje *testamentum per aes et libram* lub *testamentum per mancipationem* (Gai. II. 102 nn.). Mamy tu sztuczne zastosowanie *mancipatio* do celów rozporządzeń testamentowych. Testator sprzedawał zaponocą *mancipatio* cały swój majątek pewnej zaufanej osobie — *familiae emptorowi*, przyczem ten ostatni brał na siebie obowiązek spełnienia rozporządzeń, które zostawił testator. W obecności jak zwykle pięciu świadków i *libripensa familiae emptor*, trzymając w ręku kawałek kruszcu, wymawiał formułkę *mancypacji* przystosowaną do danego wypadku: „*Familiam pecuniamque tuam endo mandatela tua custodelaque mea esse aio et ea quo tu iure testamentum facere possis secundum legem publicam hoc aere aeneaque libra esto mihi empti*”. Wymawiając formułkę, uderzał kruszczem o wagę i wręczał go testatorowi. Potem natychmiast występował testator i wymieniał

swoje rozporządzenia, kończąc je takim samem zwróceniem się do świadków, z jakim testatorowie zwykle zwracali się do narodu: „Ita do, ita lego, ita testor, itaque vos, Quirites, testimonium mihi perhibetote“. Te ustne rozporządzenia stanowiły *nuncupatio* dołączoną do *mancipatio* i posiadającą moc prawną na zasadzie znanego przepisu XII tablic: „Cum nexum faciet mancipiumque, uti lingua nuncupassit, ita ius esto“.

Ustne oświadczenie rozporządzeń ostatniej woli mogło być zastąpione przez dokument pisemny, czyli zapisanie na tabliczkach woskowych (*tabulae testamenti*). Testator po dokonanej *mancipatio* przedkładał *familiae emptorowi* i świadkom uprzednio przygotowane *tabulae* i mówił: „Haec ita ut in his tabulis cerisque scripta sunt, ita do, ita lego, ita testor“ i t. d. Następnie *tabulae* natychmiast opieczętowywano pieczęciami tak testatora jak również wszystkich obecnych 7 osób (5 świadków, *libripens* i *familiae emptor*), przyczem obok tych pieczęci każdy umieszczał swój podpis (*obsignatio* i *superscriptio*). Ta pisemna forma *nuncupacji* posiadała tę zaletę, że treść testamentu mogła być obecnie nieznana nawet świadkom i współuczestnikom aktu.

Początkowo *nuncupatio* była tylko dodatkiem do *mancipatio*, która posiadała zupełne znaczenie prawne. Wskutek aktu sprzedaży cały majątek testatora natychmiast stawał się własnością *familiae emptora*, lecz własnością ze względu na pewien cel; pod tym względem testamentum per *mancipationem* posiada ten sam charakter co *fiducia*. Po śmierci testatora *familiae emptor* odgrywał rolę dziedzica — *heredis loco* — i winien był wykonać wszystkie jego rozporządzenia. Przytem w odróżnieniu od zwykłej *fiducia* wykonanie tych rozporządzeń znajdowało się pod obroną nie tylko *fides*, lecz *ius strictum*, a to na mocy przepisu: „Cum nexum faciet mancipiumque, uti lingua nuncupassit, ita ius esto“. Wskutek tego wszystkie osoby, którym w testamencie cośkolwiek zapisano (*legatum*), podobnie jak przy testamentum *comitiis calatis*, posiadały bezpośrednie roszczenie przeciwko *familiae emptorowi*.

Z biegiem czasu sprawa ta zmienia się. Znaczenie aktu *mancypacyjnego* coraz bardziej zbliża się do zwykłej formal-

ności: obecnie staje się już ona formalnym dodatkiem nunkupacji. Jednocześnie zmienia się również stanowisko *familiae emptora*: na dziedzica w testamencie zwykle bywa wyznaczona inna osoba, wobec czego staje się on tylko zwykłym figurantem lub jak powiada Gajus (II. 103): „*Dicis gratia propter veteris iuris imitationem adhibetur*“. W tej postaci testament mancypacyjny istnieje jeszcze w czasach Gajusa, podczas gdy dawne formy — *testamentum comitiis calatis* i *in procinctu* — wyszły z użycia już przy końcu *republicy*.

Chociaż testament mancypacyjny mógł być jak i poprzednio sporządzony ustnie, to jednak w drugiej połowie *republicy* zwykle bywał sporządzany w formie pisemnej *tabulae*. Ta forma pisemna tak była ogólnie rozpowszechniona, że pretor w swym edyktcie uważał za stosowne ogłosić, że udzieli *bonorum possessio secundum tabulas testamenti* temu, kto przedłoży testament pisemny opieczętowany tylu pieczęciami, ile wymaga ustawa: „*Si de hereditate ambigetur et tabulae testamenti obsignatae non minus multis signis, quam a lege oportet, ad me proferentur, secundum tabulas testamenti potissimum possessionem dabo*“. Lecz początkowo otrzymana na podstawie *tabulae bonorum possessio* posiadała charakter jedynie warunkowy: jeżeli *tabulae* nie zostały wzmocnione przez akt mancypacji, t. j. nie zostały wykonane formalności testamentu cywilnego i jeżeli dziedzic cywilny (zwykle dziedzic ustawowy) wniesie skargę o spadek, to *bonorum possessio* będzie *sine re*: spadek musi być zwrócony. W okresie jednak pryncypatu formalności mancypacyjne o tyle już straciły swoje znaczenie, że reskrypt Antonina Piusa nakazywał udzielać *bonorum possessorowi* przeciwko *hereditatis petitio* dziedzica cywilnego *exceptio doli*; w ten sposób *bonorum possessio* stała się *cum re*. Jednocześnie z tem pod postacią testamentu pretorskiego nabył zupełną moc prawną zwykły testament pisemny przedłożony 7. świadkom (Gai. II. 119—120).

Ten testament pisemny został w następstwie potwierdzony (a jednocześnie z tem zamieniony na cywilny) przez rozporządzenie cesarza Teodozjusza II i Walentyjana III

(439 r.), przyczem w związku ze zmianą materiału piśmiennego (zamiast tabulae — pergamin lub papirus) punkt ciężkości został przeniesiony z pieczęci na podpis: do ważności testamentu obecnie było konieczne, aby dokument był podpisany przez samego testatora i 7 świadków (c. 21. C. 6. 23). To właśnie stanowi zwykły testament prywatny późniejszego prawa rzymskiego.

Lecz testament ustny nie zniknął. Dopóki nie wyszła z użycia mancipatio, testament mógł podobnie jak przedtem być sporządzony w formie ustnej nuncupatio po dokonaniu pozornej sprzedaży spadku. W okresie monarchji absolutnej, kiedy mancipatio wyszła z użycia, cały szereg rozporządzeń (c. 21. 4. C. 6. 23, § 14 In. 2. 10) uznał, że testament oświadczony ustnie w obecności tychże 7 świadków posiada zupełną moc prawną.

W ten sposób zwykły testament prywatny w prawie justynjańskim mógł być sporządzony i ustnie i pisemnie, lecz konieczne przy współudziale 7 świadków, przyczem w obydwóch wypadkach wymagano, aby współudział ten był jednoczesny (t. zw. unitas actus), aby wykonanie całego aktu odbyło się bez przerwy.

W niektórych wypadkach formalności konieczne do sporządzenia testamentu nieco zmieniały się. Tak np. jeżeli testator był ślepy, to konieczny był współudział notariusza (tabularius). Jeżeli testament sporządzano podczas epidemji (testamentum tempore pestis conditum), kiedy jednoczesna obecność wielu mogła być niebezpieczna, unitas actus nie była wymagana. Jeżeli testament zawierał tylko podział spadku pomiędzy prawe dzieci (divisio inter liberos), to wystarczał własnoręczny dokument testatora bez żadnych podpisów świadków. Największy wyłom stanowi testament żołnierzy (testamentum militis), którzy „propter nimiam imperitiam” (Gai. II. 109) byli wolni od zachowywania wszelkich formalności.

Obok przedstawionych form testamentu prywatnego w okresie monarchji absolutnej powstają formy testamentu publicznego, t.j. sporządzanego przy współudziale organów władzy państwowej. Do nich należą: testamentum apud acta conditum, t.j. testament sporządzony wobec

władzy sądowej i wciągnięty do protokołu oraz *testamentum principi oblatum*, t. j. oddany na przechowanie cesarzowi.

Oprócz zachowania formy testament rzymski winien był zadośćczynić całemu szeregowi innych — materialnych warunków. Niektóre z tych warunków w ciągu dziejów uległy zmianom, inne pozostały niezmiennie od początku do końca.

Niezmienna pozostała przede wszystkim potrzeba specjalnej zdolności prawnej testamentowej—t. zw. *testamentifactio*, tak po stronie testatora (*testamentifactio activa*), jak również po stronie spadkobiercy (*testamentifactio passiva*). Lecz warunki tej *testamentifactio* ulegały zmianom. Wspomnimy tylko o niektórych z nich. Tak np. kobiety, nawet *sui iuris* i nawet *tutore auctore*, przez długi czas nie mogły zupełnie sporządzać testamentu — prawdopodobnie z tego względu, że w dawnych czasach była dla nich niedostępna forma tak *comitiis calatis* jak również *in procinctu*. Lecz i po powstaniu formy *per mancipationem*, kobiety, znajdujące się pod opieką, przez długi jeszcze czas nie mogły sporządzać testamentu nawet *tutore auctore*; prawo to otrzymały dopiero od cesarza Hadryana. Z chwilą zaniku opieki nad nimi otrzymały zupełną *testamentifactio activa*. Z drugiej strony jedna z ustaw z czasów *respublici* — *lex Voconia*, z 169 r. po Chr., zabroniła obywatelom pierwszej klasy (t. j. z cenzusem powyżej 100 tysięcy *sestercyj*) wyznaczania kobiet na spadkobierców, przez co w tych granicach (t. j. w stosunku do obywateli pierwszej klasy) pozbawiła je *testamentifactio passiva*. Lecz przepis ten w okresie cesarstwa wyszedł z użycia i w ten sposób kobieta w prawie justynjańskim odnośnie do testamentów została zrównana z mężczyzną.

Następnie dawne prawo wymagało, aby wyznaczony spadkobierca był *persona certa* dla testatora: testament na korzyść *persona incerta* był nieważny. Wskutek tego przez długi przeciąg czasu nie można było ustanawiać dziedzicem osobę, mającą się dopiero urodzić—t. zw. *postumus*. Później jednak podobne wyznaczenie zostało dozwolone—naj-

pierw w stosunku do własnych, mających się urodzić, dzieci testatora (postumi sui), a potem wszystkich wogóle (postumi alieni). Na tej właśnie podstawie nie można było ustanawiać dziedzicami osób prawnych; dopiero prawo późniejsze dopuściło pod tym względem szereg wyjątków.

Niezienną szczególną cechą historyczną testamentu rzymskiego stanowi także konieczność ustanowienia w nim dziedzica—*institutio heredis*. Wymóg ten jest „*caput et fundamentum testamenti*” (Gai II. 229): bez niego cały testament będzie nieważny¹. Stąd też jeżeli testator chciał, pozostawiając spadek dziedzicowi ustawowemu, ustanowić tylko pewne poszczególne zapisy jakimś osobom, to winien był w testamencie koniecznie ustanowić dziedzica ustawowego, w przeciwnym bowiem razie i poszczególne zapisy były nieważne.

Ale niedość tego, nietylko w dawnym prawie, lecz jeszcze w okresie prawników klasycznych *institutio heredis* musiała być wyrażona „*solemni more*”, t. j. zapomocą pewnych słów uroczystych, wywodzących swój początek prawdopodobnie jeszcze z czasów *testamentum comitiis calatis*: „*Titius heres esto*”. Oprócz tej formułki, według świadectwa Gajusa (II. 116—7), w jego epoce można jeszcze było użyć tylko: „*Titium heredem esse iubeo*”. Wszelkie inne wyrażenia, jak np. „*Titium heredem instituo*” lub „*heredem facio*”, były niewystarczające i powodowały nieważność całego testamentu. Dopiero rozporządzenie z 339 r. zniosło „*solemnium sermonum necessitas*” i pozwoliło testatorom ustanawiać spadkobierców „*quibuscumque verbis*” (c. 15. C. 6. 23).

Jednocześnie ze zwykłą *institutio*, zdaje się, już od bardzo dawna była dozwolona i *substitutio*, t. j. ustanowienie drugiego dziedzica na wypadek, gdyby pierwszy nie stał się dziedzicem (np. zmarł wcześniej niż testator): np. „*Titius heres mihi esto. Si Titius heres non erit, Seius*

¹ Inaczej Kniep; Gai Institutiones, Zesz. II, 1912, str. 191 nn Zesz. III, 1913, str. 368 nn. Według jego zdania *institutio heredis* była obca dla dawnego testamentu mancypanyjnego, który znał tylko poszczególne zapisy ze spadku — *legata*. Konieczność *institutio* powstała powoli w związku z usiłowaniami dawnego prawa połączenia ze spadkiem przejścia długów: w odróżnieniu od zapisobiorców *institutio heredis* winna była dać płatnika tych długów — *Schuldenzahler*.

heres esto". Oprócz tej zwykłej substytucji (*substitutio vulgaris*) rodzice mogli ustanawiać spadkobiercę dla swojego niedojrzałego lub umysłowo chorego dziecka, nawet w tym wypadku, gdyby stało się ono dziedzicem (przeżyło testatora), lecz umarło przed dojściem do dojrzałości lub wyzdrowienia (*substitutio pupillaris i quasi-pupillaris*).

Chociaż testament nawet w prawie późniejszym zachował pewne znaczne cechy formalizmu, to jednak należy zaznaczyć, że, poczynawszy od okresu prawników klasycznych, widoczne jest dążenie zapomocą różnych tłumaczeń, o ile było to możliwe, do zachowania mocy prawnej testamentów — t. zw. *favor testamentorum*. Tak np., jeżeli ktoś został ustanowiony dziedzicem pod warunkiem niemożliwym, to nie cały testament stawał się nieważny, a tylko warunek niemożliwy uważano za nieistniejący (*pro non scripto habetur*).

Co do przechowywania testamentów żadnych szczególnych przepisów nie było. Nie było ich początkowo również odnośnie do otwarcia testamentu. Dopiero ustawa z czasów Augusta, r. 6 po Chr., wprowadzająca 5⁰/₀-owy podatek spadkowy (*vicesima hereditatum*), w celach fiskalnej kontroli nakazała, aby osoba posiadająca testament w ciągu pewnego terminu od śmierci testatora (5 dni) pod grozą kary przedłożyła testament urzędowi, w obecności którego odbywała się uroczysta procedura otwarcia go. *Tabulae testamenti* przedkładano osobom, które były świadkami, w celu rozpoznania swych pieczęci i podpisów. Po stwierdzeniu przez nie autentyczności pieczęci sznur rozrywano, testament otwierano i odczytywano (*Pauli sent. 4. 6*). Ciekawy protokół otwarcia testamentu zachował się do naszych czasów z r. 474 po Chr. (*Girard, Textes, str. 775*).

§ 35. DZIEDZICZENIE AB INTESTATO.

Jeżeli spadkodawca nie zostawił testamentu albo jeżeli pozostawiony przez niego testament nie osiągnął celu (np. ustanowiony w testamencie dziedzic umarł wcześniej, niż testator albo nie chciał przyjąć spadku), to wówczas ma miejsce dziedziczenie ustawowe. Lecz porządek powołania do dziedziczenia ustawowego ulegał w historii rzymskiej zmianom

w związku z ogólną stopniową przebudową rodziny i pokrewieństwa: ogólnem dążeniem tej ewolucji jest zamiana dawnej zasady agnacyjnej na zasadę kognacyjną.

System dziedziczenia ab intestato dawnego prawa cywilnego był określony przez ustawy XII tablic w ten sposób: „Si intestato moritur, cui suus heres nec escit, adgnatus proximus familiam habeto. Si adgnatus nec escit, gentiles familiam habento”. Stosownie do tego przepisu do dziedziczenia są powołane trzy następujące klasy.

a) Przedewszystkiem do dziedziczenia są powołani sui heredes, t. j. osoby, znajdujące się pod bezpośrednią władzą spadkodawcy, które wskutek jego śmierci stały się personae sui iuris, t. j. filii familias i fillae familias, dzieci wcześniej zmarłych synów i córek, żona przy małżeństwie cum manu, osoby usynowione. Podział spadku w tej klasie odbywa się według szczeptów — in stirpes: wnuki wcześniej zmarłego syna otrzymują wszyscy razem taką część, jaką otrzymałby ich ojciec, gdyby żył (t. zw. ius repraesentationis). Dziedziczenie sui heredes z punktu patrzenia dawnego prawa nie jest nawet dziedziczeniem, lecz wprost wstąpieniem w samodzielny zarząd majątku, który jeszcze za życia patrisfamilias należał do nich na prawach wspólnej własności rodzinnej. Tem tłumaczy się i ta okoliczność, że przytoczony przepis ustaw XII tablic mówi o sui heredes tylko ubocznie („cui suus heres nec escit”). Myśl o ich współudziale we własności rodzinnej jeszcze za życia ojca była aktualna nawet w okresie prawników klasycznych. Gajus mówi (II. 157), że sui heredes „vivo quoque parente quodammodo domini existimantur”. Wyraźniej jeszcze wyraża się Paulus: „In suis heredibus evidentius apparet continuationem dominii eo rem perducere ut nulla videatur hereditas fuisse, quasi olim hi domini essent, qui etiam vivo patre quodammodo domini existimantur... Itaque post mortem patris non hereditatem percipere videntur, sed magis liberam bonorum administrationem consequuntur” (fr. 11. D. 28. 2).

b) W braku *sui heredes* zostaje powołany *agnatus proximus* albo *agnati proximi*, jeżeli jest więcej agnatów, znajdujących się w stosunku do spadkodawcy w tym samym stopniu pokrewieństwa. W ten sposób, jeżeli spadkodawca nie posiada własnej rodziny, powołani będą jego bracia i siostry, a także matka, jeżeli żyła z ojcem spadkodawcy w małżeństwie *cum manu*, czyli osoby, znajdujące się w 2-im stopniu bocznego pokrewieństwa agnacyjnego ze spadkodawcą. Jeżeli niema agnatów drugiego stopnia, to są powołani agnaci trzeciego stopnia i t. d., z tem jednak ograniczeniem, że kobiety dalszego stopnia, niż *soror consanguinea* (niż siostra) są wykluczone od dziedziczenia *Voconia a ratione*, t. j. w myśl *lex Voconia*, o której wspomnieliśmy wyżej. Wszyscy spadkobiercy tego samego stopnia dzielą pomiędzy sobą spadek *in capita* (według ilości głów): *ius repraesentationis* niema tu już zastosowania, ponieważ dzieci spadkobiercy będą już należeć do dalszego stopnia, który jest wykluczony przez stopień bliższy.

c) Jeżeli niema żadnych agnatów, to spadek przechodzi na *gentiles*: początkowo prawdopodobnie majątek przechodził na ród (*gens*), jako taki, przyczem od rodu zależało rozporządzenie nim według swej woli; później spadek, zdaje się, dzielono pomiędzy poszczególnych *gentiles*. Lecz już na schyłku rzeczypospolitej, jednocześnie z ostatecznym upadkiem patrycjuszowskiej organizacji rodowej, ta klasa spadkobierców znikła (Gai. III. 17: „*Totum gentilicium ius in desuetudinem abiisse*”).

Przytem, jak już zaznaczyliśmy, dziedziczenie według *ius civile* ma tę cechę szczególną, że do spadku bywają powołane tylko te osoby, które są najbliższe w stosunku do spadkodawcy w chwili jego śmierci. Jeżeli osoby te spadku nie nabędą albo umrą przed nabyciem go, to spadek nie przechodzi na następnych według porządku, lecz pozostaje bezdziedzicznym, a wskutek tego w dawnych czasach bezpańskim. Wyrażała to zasada: „*In legitimis hereditatibus successio non est*”.

Tak przedstawia się system dziedziczenia cywilnego; odpowiada on w zupełności patryarchalnemu ustrojowi agnacyj-

nemu ówczesnego życia. Lecz w drugiej połowie rzeczypo-
spolitej ustrój ten patriarchalny został już zburzony: do
systemu dawnych zasad zaczęły przenikać nowe i wszystko
to razem zaczęło tworzyć dość złożone połączenie różnorod-
nych pierwiastków. Takim właśnie połączeniem rozmaitych
pierwiastków jest system pretorskiej *bonorum pos-
sessio intestati* w swej ostatecznej postaci, t. j. takiej,
w jakiej zawiera się w *edictum perpetuum* Hadrijana. Edykt
pretorski tworzy 4 klasy osób powołanych do otrzymania *bo-
norum possessio ab intestato*.

a) Klasa „*unde liberi*”. Należą do niej po pierwsze
wszyscy cywilni *sui*, a po drugie *emancipati*, t. j. usa-
mowolnione dzieci spadkodawcy, a także *in adoptionem
dati*—oddane przez niego w adopcję, jeżeli w czasie śmierci
spadkodawcy są już wolne od *patria potestas* adoptującego.
W ten sposób do dziedziczenia są tu już powołani obok agnatów
także kognaci, chociaż nie wszyscy (*in adoptionem dati*,
pozostający w rodzinie usynawiającego, nie są powołani). Po-
dział spadku odbywa się tu także *in stirpes*. Powołanie
emancypowanych razem z dziećmi, pozostającymi pod władzą,
stworzyło pewne szczególne trudności. I tak po pierwsze po-
wołanie to mogło być znaczną niesprawiedliwością dla nieusa-
mowolnionych braci i siostr powołanych: podczas gdy oni przez
cały czas pracowali dla ojca i nabytki ich pracy znajdują się
w ogólnej masie spadkowej, brat usamowolniony zwykle już
przy *emancipatio* otrzymywał pewien majątek, a następnie
pracował wyłącznie dla siebie. Zrównanie wszystkich powo-
dowałoby niesprawiedliwe pogorszenie stanowiska dzieci, które
pozostały pod władzą. Z tego względu pretor postanowił, że
udzieli *bonorum possessio* emancypowanemu jedynie pod wa-
runkiem, jeżeli uprzednio wniesie do masy spadkowej cały
swoją majątek (*collatio bonorum emancipati*).

Druga trudność powstawała w tym wypadku, jeżeli przy
emancipatio syna dzieci jego pozostały pod władzą *paterfami-
lias*—dziadka. Dopóki ich usamowolniony ojciec nie był po-
woływany do spadku, po śmierci dziadka otrzymywały one
tę część, którą otrzymałby ich ojciec; lecz gdy obecnie za-
częto powoływać go do spadku, dzieci jego były usuwane od

dziedziczenia. Tymczasem nabytki ich pracy znajdowały się także w ogólnej masie spadkowej. Z tego względu Iulianus przy rewizji edyktu pretorskiego włączył do niego specjalne postanowienie—*nova clausula Iuliani* lub *edictum de coniungendis cum emancipato liberis*, na mocy którego *filius emancipatus* winien odstąpić dzieciom pozostawionym pod władzą spadkodawcy połowę części spadkowej, która na niego przypadła.

b) Druga klasa „*unde legitimi*”. Jeżeli niema osób, należących do pierwszej klasy, albo jeżeli żadna z nich nie nabyła *bonorum possessio* w ciągu terminu przepisanego, to *bonorum possessio* przechodzi na *legitimi heredes*, t. j. na osoby powołane do spadku według porządku cywilnego, mianowicie *sui* i *agnati* (*gentiles*, jak zaznaczyliśmy, już odpadli). Zatem *sui* (lecz już bez *usamowolnionych*) są powołani po raz drugi: może obecnie z powodu odpadnięcia *emancipati* zgodzą się nabyć spadek. Jeżeli spadku nie nabędą albo wogóle ich niema, to *bonorum possessio* udzielano najbliższym według stopnia *agnatom*.

c) W trzeciej klasie „*unde cognati*” powoływano *kognatów* spadkodawcy aż do 6-go stopnia włącznie (z 7-go tylko *sobrino* i *sobrina natos*, t. j. dzieci pochodzących od dzieci rodzeństwa). Z racji pokrewieństwa *sui* są tu powołani po raz trzeci, *emancipati* po raz drugi, in *adoptionem dati* nawet *durante adoptione*; następnie wszyscy boczni *kognaci* bez żadnego ograniczenia dla kobiet, przyczem bliższy stopień wykluczał dalszy, a krewni tego samego stopnia dzielili spadek *in capita*. W tej klasie dziedziczą także dzieci tak ślubne jak również nieślubne po matce oraz matka po dzieciach.

d) Wreszcie klasa czwarta „*unde vir et uxor*”. Jeżeli niema nikogo z poprzednich klas, to do spadku bywa powołany pozostały przy życiu małżonek—mąż w razie śmierci żony, żona w razie śmierci męża.

W ten sposób edykt pretorski, chociaż daje jeszcze pierwszeństwo pokrewieństwu *agnacyjnemu*, powołuje jednak do spadku także *kognatów*, jako takich. Nadto w przeciwstawieniu do *legitima hereditas* edykt pretorski uznaje *s u c*

cessio graduum et ordinum (edictum successorium), t. j. kolejne następstwo idących po sobie stopni i klas. Na tych dwóch cechach polega głównie postęp pretorskiego prawa spadkowego w porównaniu z cywilnem.

W okresie cesarstwa dalszy wzrost znaczenia pokrewieństwa kognacyjnego zmusza ustawodawstwo do pójścia jeszcze dalej po linii wytkniętej przez edykt pretorski. Cały szereg poszczególnych ustaw urzeczywistnia to dążenie, zwiększając prawa spadkowe pewnych grup kognatów kosztem agnatów. Pierwszy krok w tym kierunku czyni *senatusconsultum Tertullianum* (za Hadryjana), na mocy którego kobiecie, posiadającej *ius liberorum*, udziela się cywilnego prawa dziedziczenia po swych dzieciach. Wskutek tego matka bywa powoływana obecnie nie dopiero w klasie *unde cognati*, t. j. po wszystkich agnatach, lecz już w klasie *unde legitimi*: od spadku wyłączają ją tylko własne dzieci spadkodawcy, jego ojciec i bracia; z siostrą spadkodawcy matka dzieliła spadek na połowę. Zasadnicze znaczenie *setum Tertullianum* polega na tem, że uznał on po raz pierwszy możliwość cywilnego dziedziczenia na podstawie zwykłej *cognatio*. Następny krok poczyną *setum Orphitianum*, z 178 r., z czasów Marka Aurelego i Kommoda, na mocy którego udzielono takiego samego prawa dziedziczenia w klasie *legitimi* dzieciom po matce. Ustawa Walentynjana, Teodozjusza i Arkadjusza rozszerza prawa dzieci do dziedziczenia po krewnych z linii macierzystej. Justynjan wydaje kilka rozporządzeń w tym samym kierunku (zniesienie konieczności *ius liberorum* do dziedziczenia matki, zniesienie ograniczenia kobiet *Voconiana ratione* i t. d.). Wkońcu dzięki tym licznym, chociaż częściowym, zmianom zasada pokrewieństwa agnacyjnego została w znacznym stopniu uchylona, lecz jednocześnie system dziedziczenia ustawowego otrzymał nadzwyczaj złożoną i zawikłaną postać. Uproszczenie tego systemu, oparcie dziedziczenia wyłącznie na pokrewieństwie kognacyjnem, było zadaniem nowel justynjańskich — noweli 118 (543 r.), później nieco uzupełnionej przez nowelę 127 (548 r.).

Podstawową zasadą systemu justynjańskiego jest dziedziczenie kognatów bez różnicy płci według bliskości stopnia pokrewieństwa ze spadkodawcą i z zachowaniem *successio graduum et ordinum*. Justynjan powołuje do dziedziczenia następujące cztery klasy.

1. Do pierwszej klasy należą *descendenci*, t. j. krewni zstępni spadkodawcy—synowie, córki, wnuki zmarłych wcześniej synów i córek i t. d. Podział spadku odbywa się *in stirpes*: dzieci poprzednio zmarłego ojca wszystkie razem otrzymują tę część, która przypadłaby ich rodzicowi.

2. Jeżeli niema *descendentów*, to powołuje się drugą klasę, do której należą najbliżsi *ascendenci*, t. j. krewni wstępni spadkodawcy (ojciec, matka, dziadek, babka i t. d.; jeżeli jest ojciec i dziadek, to powołuje się tylko ojca), a także jego rodzeni (t. j. pochodzący od tego samego ojca i matki) bracia i siostry oraz dzieci poprzednio zmarłych rodzonych braci i sióstr. Wszystkie te osoby dziedziczą równorzędnie obok siebie (nowela 127). Podział spadku odbywa się *in capita*, przy czem dzieci wpierv zmarłego brata wszystkie razem otrzymują część, przypadającą ich ojcu. Jeżeli dziedziczą tylko *ascendenci* (bez braci i t. d.), to spadek dzieli się *in lineas*, t. j. jedna połowa spadku przypada *ascendentom* ze strony ojca, a druga — *ascendentom* ze strony matki.

3. Do trzeciej klasy, powoływanej w braku pierwszych dwóch, należą przyrodni (t. j. pochodzący od wspólnego ojca, lecz różnych matek — *consanguinei*, albo od wspólnej matki, lecz różnych ojców — *uterini*) bracia i siostry spadkodawcy oraz ich dzieci, przy czem ostatni razem otrzymują część swego *parens praedefunctus*.

4. Jeżeli i tych niema, to są powołani pozostali krewni poboczni według bliskości stopnia pokrewieństwa bez żadnego ograniczenia — *ad infinitum*, o ile tylko da się wykazać pokrewieństwo. Bliższy stopień pokrewieństwa ma pierwszeństwo przed dalszym; krewni tego samego stopnia dzielą spadek pomiędzy sobą *in capita*.

O dziedziczeniu pozostałego przy życiu małżonka nowe le nie mówią; wobec tego pod tym względem zachowuje swoją moc prawną przepis edyktu pretorskiego, na mocy którego pozostały przy życiu małżonek bywa powoływany do dziedziczenia w ostatniej klasie „unde vir et uxor”. Przy nowym systemie justynjańskim oznacza to, że mąż po żonie albo żona po mężu dziedziczy tylko w tym wypadku, jeżeli niema żadnych, nawet najdalszych, krewnych. Zresztą poza tym ogólnym porządkiem dziedziczenia Justynjan ustanowił szczególne prawo dziedziczenia dla ubogiej wdowy — *uxor indotata*: jeżeli wdowa nic swojego nie posiada (ani dos, ani parapherna), to konkuruje ze wszystkimi spadkobiercami, przyczem otrzymuje część równą z nimi, najwyżej jednak $\frac{1}{4}$ spadku, atoli nie więcej jak 100 funtów złota. Jeżeli konkuruje z własnymi dziećmi z małżeństwa ze spadkodawcą, to otrzymuje na przypadającej jej części tylko użytkowanie.

Jeżeli wreszcie żadnej z osób wyliczonych (ani krewnych, ani małżonka) niema, wówczas majątek staje się bezdziedzicznym — *bonum vacans*. W dawnych czasach stawał się bezpańskim; każdy mógł zawłaszczyć go i zapomocą *usucapio pro herede* nabyć na prawach dziedzica na własność. *Lex Iulia et Papia Poppaea* zniosła tę bezdziedziczność i przepisała, że *bona vacantia* przechodzą na fiskus (Gai. II. 150). Później w niektórych wypadkach prawo do *bona vacantia* zostało przyznane pewnym instytucjom, jak np. kościołom odnośnie do majątku bezdziedzicznego będących przy nich osób.

Uporządkowanie systemu dziedziczenia ustawowego, odrzucenie zupełne przestarzałej zasady agnacyjnej, a oparcie dziedziczenia na zasadach pokrewieństwa bez żadnych ograniczeń dla kobiet, stanowi niewątpliwą i olbrzymią zasługę reformy Justynjana. Cechy te nadają jej charakter systemu współczesnego (nieraz nawet więcej współczesnego, niż niektóre z obecnie obowiązujących). Lecz z drugiej strony nie jest ona wolna od pewnych braków. Najważniejszym z nich jest powołanie do dziedziczenia krewnych bez ograniczeń (*ad infinitum*); pod tym względem Justynjan uczynił nawet krok wstecz w porównaniu z edyktem pretorskim, który, jak wia-

domo, ograniczał powołanie kognatów tylko do 6-go stopnia. Dzięki temu powołaniu bez ograniczeń spadek przechodził częstokroć w ręce osób, których oprócz oficjalnego pokrewieństwa nic nie łączyło ze spadkodawcą i dla których śmierć spadkodawcy była pewną przyjemną niespodzianką („lachende Erben”). Na usprawiedliwienie Justynjana należy jednak powiedzieć, że kwestja ograniczenia dziedziczenia krewnych pobocznych powstała dopiero w czasach niedawnych i że brak ten systemu rzymskiego podzielają nawet niektóre najnowsze kodyfikacje (np. nowy ogólnoniemiecki kodeks cywilny z 1896 r.).

§ 36. DZIEDZICZENIE KONIECZNE.

Uznanie wolności rozporządzeń testamentowych wysuwa z kolei kwestję, czy wolność ta może być nieograniczona. Idzie mianowicie o to, że często po testatorze pozostają osoby, które były bardzo bliskie w stosunku do niego (np. dzieci, rodzice), które może przyczyniły się do wytworzenia jego majątku i które nawet za życia jego posiadały prawo żądania pewnych świadczeń (utrzymania, alimentatio). Zupełne pominięcie tych osób w testamencie, a pozostawienie spadku jakiejś osobie zupełnie obcej, może być niesprawiedliwością. Wskutek tego liczne ustawodawstwa, wprowadzając wolność testowania, stanowią jednocześnie pewne ograniczenia w interesie tych szczególnie bliskich dla testatora osób. Prawo tych osób do pewnego koniecznego udziału w dziedziczeniu nazywa się dziedziczeniem koniecznem.

W historii prawa rzymskiego takie konieczne dziedziczenie znane jest już od czasów najdawniejszych i przechodzi przez całą historję, występując w dwóch odmiennych postaciach.

1. Dawniejszą postacią jest formalne dziedziczenie konieczne. Ogólna istota jego polega na tem, że testator, który posiada *sui heredes*, t.j. osoby podległe jego *patria potestas*, sporządzając testament winien albo ustanowić ich dziedzicami albo wydziedziczyć — aut instituere aut exheredare.

Zasada ta jest oddźwiękiem bardzo dawnych czasów. Mówiliśmy już, że w czasach najdawniejszych członkowie familia jeszcze za życia ojca uważani byli jakby za właścicieli ogólnie-

rodzinnego majątku i dlatego w razie jego śmierci nie tyle otrzymywali spadek, ile raczej nabywali swobodę rozporządzania majątkiem, który już poprzednio do nich należał. Bardzo możliwą jest rzeczą, że w Rzymie, podobnie jak u innych narodów, testament początkowo był dozwolony (przez zgromadzenie narodowe) jedynie w braku własnych dzieci. Jeżeli były dzieci, to ustanowienie dziedzicem osoby obcej mogło być usprawiedliwione wobec comitia calata tylko ich niegodnością (naganne prowadzenie się). W razie istnienia ważnych przyczyn pozbawienie ich spadku było pozbawieniem ich przynależnych praw, do czego konieczne było otrzymanie sankcji zgromadzenia narodowego w postaci *exhereditatio*. Ustanowienie dziedzicem osoby obcej bez *exhereditatio* wprost przez pominięcie (*praeteritio*) było rzeczą niedopuszczalną: milczeniem nie można pozbawić praw.

Z biegiem czasu, w miarę jak rzeczywista rola ustawodawcza zgromadzeń narodowych w sprawie testamentów upadła i zamieniała się na zwykłą formalność, realne znaczenie *exhereditatio* znikło. Mimo to utrzymała się ona nadal jako pewien wymóg formalny skierowany pod adresem testatora. Żadnej kontroli realnej nad *exhereditatio* już niema, szczególnie od chwili powstania testamentum per aes et libram, lecz mimo to wymaga się, aby paterfamilias, czyniąc dziedzicem osobę obcą, uprzednio i stanowczo pozbawił sui heredes spadku. Do zachowania tego wymogu formalnego prawdopodobnie sprzyjało pojęcie natury psychologicznej: z racji konieczności stanowczego zawiadomienia o wydziedziczeniu swoich dzieci, testator poważniej odniesie się do sprawy i może pomyśli nad nią jeszcze raz.

Podobnie jak institutio heredis, tak samo *exhereditatio*, musiała być wyrażona w określonej rozkazującej formie: „Titius, filius meus, exheres esto”. Prawdopodobnie i tutaj forma ta jest pozostałością dawnej formy rozkazującej używanej na zgromadzeniach narodowych. Następnie wymagano, aby filii familias byli wydziedziczni imiennie — *nominatim*, inni zaś członkowie rodziny — córki, wnuki — mogli być wydziedziczni zapomocą ogólnej klauzuli — *inter ceteros* („Ceteri ceteraeque exheredes sunt” — Gai II. 127-8),

Jeżeli tego nie wykonano, jeżeli miała miejsce *praeteritio*, to testament był nieważny w całości albo częściowo. Nieważny był w całości, jeżeli *praeteritio* odnosiła się do filii *familias*: wówczas testament odpadał i otwierało się dziedziczenie *ab intestato*. Nieważny był częściowo, jeżeli *praeteritio* odnosiła się do innych *sui* (wnuków, córek): pominięci „*scriptis heredibus in partem ad crescunt*”, t. j. dziedziczą obok powołanych w testamencie, przyczem jeżeli powołani byli także *sui* (np. syn powołany, córka pominięta), to *praeteritus* nabywa *pars virilis* (tę część, któraby na niego przypadła według ustawy); jeżeli były powołane osoby obce, to *praeteriti* otrzymywali połowę spadku.

Do *sui heredes* należeli nietylko ci, którzy istnieli za życia testatora, lecz także ci, którzy urodzili się po sporządzeniu testamentu, a nawet po śmierci testatora — *postumi*. Urodzenie się *postumus suus* unieważniało testament, ponieważ *postumus* w testamencie został pominięty — *testamentum rumpitur agnatione postumi*. W celu zabezpieczenia testamentu przed podobnemi wypadkami później została opracowana (przy współudziale prawnika Akwiljusza Gallusa) specjalna formułka do ustanawiania lub wydziedziczania *postumi* na wypadek ich urodzenia się (*postumi Aquiliani*).

Edykt pretorski nietylko przyjął, ale nawet rozszerzył formalne dziedziczenie konieczne, przyczem i tu pojęcie *sui* zamienił na pojęcie *liberi*: wydziedziczeni winni być także *emancipati*. Wydziedziczenie wszystkich *liberi* płci męskiej winno nastąpić *nominatim*, podczas gdy przy dzieciach płci żeńskiej wystarczała *exhereditio inter ceteros*. Jeżeli nie spełniono jednego z tych warunków, to testament nie był nieważny, ale pretor dawał *bonorum possessio contra tabulas testamenti*. *Liberi* otrzymywały swoje części ustawowe, jednak z wyjątkiem tych, które zostały wydziedziczone (pod tym względem testament zachowuje swoją moc prawną). Uboczne rozporządzenia testamentu (wyznaczenie opieki, poszczególne zapisy na korzyść rodziców lub dzieci testatora) pozostawały w swej mocy.

Wreszcie Justynian jeszcze więcej spotęgował wymogi do testamentów pod tym względem. Z jednej strony

postanowił, że *exhereditatio*, podobnie jak i *institutio*, może być dokonana w dowolnych słowach, z drugiej jednak strony nakazał, aby wszyscy *descendenci* bez różnicy płci byli wydziedziczani *nominatim*.

2. *Materjalne dziedziczenie konieczne*. Lecz wszystkie te formalne ograniczenia nie dawały realnych gwarancji nawet tym, w których interesie zostały ustanowione: wystarczyło zachować wymogi o *exhereditatio*, aby już można było pozbawić dziedziczenia bez żadnych podstaw, wprost dla kaprysu. Stąd też przy końcu *republici* — początku cesarstwa, może właśnie wówczas, kiedy takie bezpodstawne *exheredationes* spotykały się szczególnie często, w ogólnej świadomości prawnej powstała myśl, o której wspomnieliśmy wyżej, myśl o prawie osób bliskich do rzeczywistego udziału w dziedziczeniu, o materjalnem dziedziczeniu koniecznem.

Pierwsze swoje urzeczywistnienie myśl ta znalazła w praktyce sądu *centumwiralnego*, do którego kompetencji należały sprawy spadkowe. Rozstrzygając te sprawy, sąd może pod wpływem praktyki greckiej (z jej *δίκη παντας*) zaczął uznawać, że testament, w którym chociaż zadośćuczyniono wymogom o *exhereditatio*, ale bez słusznych przyczyn bliskim dziedzicom nie nie pozostawiono (nie spełniono naturalnego *officium pietatis*), jest sporządzony nie w zupełności przy zdrowych zmysłach („*quasi non sanae mentis fuerunt, ut testamentum ordinarent*”—fr. 2. D. 5. 2) i dlatego winien być pozbawiony mocy prawnej. Wskutek tego pominięci w testamencie dziedzice mogli wystąpić ze zwykłą skargą o spadek — *hereditatis petitio*, a powoływanie się osób ustanowionych dziedzicami w testamencie na swoje prawa *ex testamento* sąd uznawał za nieistniejące.

Lecz środek ten nie zawsze był możliwy: *hereditatis petitio* mogły wytaczać tylko te z bliskich osób, które były dziedzicami cywilnymi; była ona niedostępna np. dla dzieci *usamowolnionych*. Z tego względu obok porządku *centumwiralnego* w okresie cesarstwa powstał drugi: osoby pominięte mogły wnosić skargi przed magistraturami *extra ordinem*; skarga ta nosiła nazwę *querela inofficiosi testamenti*. Gdy

później sąd centumwiralny znikł i cały proces otrzymał charakter *extraordinaria cognitio*, *querela inofficiosi testamenti* stała się jedynym środkiem do urzeczywistniania materialnego dziedziczenia koniecznego, lecz wchłonęła w siebie wiele zasad wytworzonych poprzednio w sądzie centumwiralnym.

W ten sposób powstało w prawie rzymskim materialne prawo koniecznego dziedziczenia, przyczem bliższe jego normy były przez długi czas niedość jasne i określone: wiele rozstrzygano według wolnej opinii sądu. Dopiero zczasem dziedziczenie to otrzymało bardziej określony wyraz prawny.

Do tych bliskich osób, które mogły ubiegać się o konieczne otrzymanie spadku, należeli *descendenci* i *ascendenci* testatora, a także jego bracia i siostry, ostatni jednak tylko wówczas, gdy testator dał przed nimi pierwszeństwo w testamencie *personae turpi*. Zresztą prawo do *querela inofficiosi testamenti* przysługuje nie wszystkim wymienionym osobom, lecz tylko tym, które byłyby *in concreto* dziedzicami ustawowymi, a zatem, jeżeli np. występują jednocześnie *descendenci* i *ascendenci*, to prawo do koniecznego dziedziczenia posiadają tylko pierwsi.

Ile trzeba było zostawić w testamencie dziedzicom koniecznym, aby nie mogły czynić zarzutu z racji niewypełnienia *officium pietatis*, początkowo zależało to od wolnej oceny sądu. Lecz później, analogicznie do *lex Falcidia* (patrz niżej o zapisach), ustalono, aby każdemu z dziedziców koniecznych pozostawiono przynajmniej $\frac{1}{4}$ jego części ustawowej: np. w razie istnienia dwóch synów każdemu winno pozostawić się $\frac{1}{8}$ całego spadku. Lecz ta część obowiązkowa — zachówek (*portio debita*) mogła być pozostawiona w dowolnej postaci — w postaci spadku, zapisu i t. d.

Jeżeli tego wymogu nie spełniono, jeżeli dziedzicowi koniecznemu nie nie pozostawiono albo pozostawiono za mało, to mógł żądać unieważnienia testamentu w stosunku do siebie, t. j. przyznania mu pełnej części, któraby mu na podstawie ustawy przypadła (w naszym przykładzie każdy może żądać już nie *portio debita* w postaci $\frac{1}{8}$, lecz *portio ab intestato*, t. j. $\frac{1}{2}$ spadku). Lecz prawo do wystąpienia z *querela* posiada szczególny charakter: gaśnie wraz ze śmiercią dziedzica

koniecznego, a także z upływem czasokresu — początkowo 2, a potem 5 lat.

Prawa koniecznych dziedziców i żądanie, aby pozostawiono im przynajmniej portio debita, mogły być obchodzone przez testatora za życia — zapomocą darowizny na korzyść osób obcych, zapomocą ustanowienia dla kogoś posagu i t. p. Z tego względu analogicznie do *querela inofficiosi testamenti* zaczęto udzielać później *querela inofficiosae donationis, inofficiosae dotis*.

Justynjan wprowadził i pod tym względem kilka zmian. Przedewszystkiem w noweli 18 podwyższył portio debita do wysokości $\frac{1}{2}$ części ustawowej, jeżeli ta portio wynosi mniej niż $\frac{1}{4}$ całego dziedzictwa, a do $\frac{1}{3}$, jeżeli wynosi więcej. Następnie postanowił, że *querela inofficiosi testamenti* winna mieć miejsce tylko wówczas, kiedy uprawnionym do zachowku nic nie pozostawiono; jeżeli natomiast pozostawiono im, ale mniej niż wynosi portio debita, to nie mogą żądać zupełnego unieważnienia testamentu, lecz tylko uzupełnienia części obowiązkowej — *actio ad supplendam legitimam* lub *actio suppletoria*.

3. Reforma Justynjana — Nowela 115. Jak widzimy, oba rodzaje koniecznego dziedziczenia — formalne i materialne — w prawie późniejszym istniały obok siebie, lecz oddzielnie jeden od drugiego, co w praktyce nie mogło obejść się bez pewnych trudności. Z tego względu Justynjan w r. 529 na mocy noweli 115 dokonał połączenia obydwóch rodzajów koniecznego dziedziczenia w jedną całość. W tym celu postanowił, że *descendenci* i *ascendenci* testatora mają prawo nietylko do otrzymania w jakiegokolwiek postaci portio debita, lecz nadto winni być ustanowieni dziedzicami; testator winien okazać im *honor institutionis*, przynajmniej w granicach ich portio debita. Należy powiedzieć, że ten *honor institutionis* posiada więcej, niż zwykle znaczenie zaszczytu: w razie odpadnięcia innych wyznaczonych w testamencie osób, dziedzice konieczni, jako *heredes instituti*, będą posiadać t. zw. *ius accrescendi* (patrz niżej).

Nadto *exheredatio* i pozbawienie portio debita mogą obecnie być dokonane przez testatora jedynie w razie istnie-

nia pewnych słuszných przyczyn, które ustawodawca wylicza. Takich przyczyn nowela podaje dla descendentów 14 (rozmaite przestępstwa lub przewinienia względem testatora, naganne prowadzenie się), a dla ascendentów 8 (w ogólności te same).

O braciach i siostrach Now. 115 nie wspomina, wskutek czego odnośnie do nich pozostaje w swej mocy dawne prawo: jeżeli nie została im pozostawiona portio debita i na ich miejsce została ustanowiona dziedzicem persona turpis, przysługuje im *querela inofficiosi testamenti*.

Mimo, że formalne dziedziczenie konieczne trwało przez całą historję prawa rzymskiego i wcieliło się w nowelę 115, to jednak nie przyjęło się, jako ściśle formalne ograniczenie testatora, w prawie narodów nowożytnych. Natomiast idea materialnego dziedziczenia koniecznego, dającego pewne realne gwarancje osobom bliskim i przez to wyrównywującego niektóre ujemne strony wolności testowania, została przyjęta i dostała się aczkolwiek z pewnemi zmianami do ustawodawstw współczesnych.

§ 37. NABYCIE SPADKU.

W chwili śmierci spadkodawcy spadek jedynie otwiera się dla dziedziców, otrzymują jedynie do niego prawo—defertur, wskutek czego moment ten stanowi tylko pierwsze stadium w procesie przejścia spadku i nosi nazwę *delatio hereditatis*. Lecz nie zawsze z tym momentem łączy się także rzeczywiste przejście spadku na dziedziców: spadek winien być jeszcze nabyty przez dziedziców, wskutek czego nabycie spadku — *acquisitio hereditatis* — stanowi drugie stadium przejścia spadku, zawsze logicznie, a bardzo często i praktycznie, różne od pierwszego — *delatio hereditatis*.

Pod tym względem prawo rzymskie od samego początku rozróżniało dwie kategorie spadkobierców.

a) Pierwszą kategorię stanowią *domestici heredes*, t. j. ci, którzy wchodzili w skład familia zmarłego, jego domu. Należą do nich przedewszystkiem *sui heredes*, t. j. dzieci, które podlegały władzy *paterfamilias* i które z chwilą jego śmierci stały się *personae sui iuris*. Nabywają oni spadek *ipso iure*

—natychmiast w chwili delatio, bez żadnego aktu z ich strony. Spadek przechodzi na nich, nawet bez ich wiedzy: syn zmarłego, znajdujący się podczas podróży gdzieś daleko od domu, w chwili śmierci swojego paterfamilias, nie jeszcze o niej nie wiedząc, staje się ipso iure spadkobiercą. Jest tu widoczny wpływ przedstawionego wyżej pojęcia o sui heredes, jako o osobach, będących jeszcze za życia paterfamilias właścicielami majątku rodzinnego. Co więcej, sui heredes stają się spadkobiercami nawet wbrew swej woli: zrzec się spadku według prawa cywilnego nie mogą, podobnie jak nie mogą przestać być dziećmi zmarłego, członkami jego rodziny, spółnikami rodzinnego związku sakralnego. Wskutek tego są oni nie tylko sui, lecz sui et necessarij heredes.

Oprócz sui w takim samym położeniu znajduje się niewolnik testatora, który w testamencie został wyzwolony i ustanowiony dziedzicem: jest on także heres domesticus, ponieważ należał do rodziny zmarłego; jest także heres necessarius, ponieważ staje się dziedzicem ipso iure bez możliwości zrzeczenia się spadku: takie zrzeczenie się oznaczałoby także zrzeczenie się wolności, co było niedopuszczalne.

W ten sposób domestici heredes stają się spadkobiercami niezależnie od swej woli. Lecz ze spadkiem jest związana także odpowiedzialność za długi, przyczem odpowiedzialność ta niekiedy może być bardzo niewygodna, jeżeli np. długi przewyższają majątek, czyli jeżeli spadek jest hereditas damnosa. W dawnym prawie cywilnem nie było żadnego środka do pozbycia się takiego spadku, lecz pretor wprowadził pewne ulgi. Osobom, należącym do kategorii sui et necessarij heredes, udzielił t. zw. beneficium abstinendi, t. j. prawa wstrzymania się od spadku zapomocą niemieszania się w jego sprawy (non immiscere). Iure civili byli oni nadal uważani za heredes (pretor bowiem ius tollere non potest), lecz pretor odmawiał skarg przeciwko nim i udzielał bonorum possessio następującym po nich osobom, a jeżeli nikt nie chciał otrzymać bonorum possessio, to otwierał konkurs na korzyść wierzycieli. Niewolnikowi ustanowionemu dziedzicem cum libertate beneficium abstinendi nie przysługiwało, lecz wzamian za to pretor udzielał mu beneficium separationis, t. j. prawa

oddzielenia własnego majątku od spadku i pozostawienia wierzycielom tego ostatniego.

b) Wszyscy inni spadkobiercy, nie należący do familia zmarłego, należeli do *extranei heredes*. Do nabycia spadku przez nich konieczny był akt woli, konieczne było objęcie spadku — *aditio hereditatis*, wskutek czego są oni *heredes voluntarii*. W czasach najdawniejszych objęcie spadku winno dokonywać się w formie specjalnego uroczystego aktu zwanego *cretio*. Spadkobierca w obecności świadków i prawdopodobnie w domu spadkodawcy zawiadamiał o przyjęciu spadku zapomocą pewnych uroczystych słów, np. „*Quod me Maevius heredem instituit, eam hereditatem adeo cernoque*” (Ulp. reg. 22. 28). Później *cretio* stała się konieczna tylko w tym wypadku, kiedy testator wprost nakazał ją w swoim testamencie (*institutio cum cretione*), co zwykle łączyło się z substytucją (np. „*Titius heres esto cernitoque in diebus proximis centum, quibus scies poterisque. Quodni ita creveris, exheres esto. Tunc Maevius heres esto*”. — Ulp. reg. 22. 32). We wszystkich pozostałych wypadkach wystarczało zwykle faktyczne zachowanie się jako dziedzica — *pro herede gestio*, albo nieformalne oświadczenie woli o przyjęciu. Terminu dla objęcia spadku prawo cywilne nie znało. Dopóki objęcie nie nastąpiło, spadek nie przechodził dalej, lecz pozostawał w nieokreślonem położeniu. Jedynie testator przy ustanawianiu dziedzica *cum cretione* mógł nakazać wykonanie *cretio* w ciągu pewnego czasokresu (zwykle 100 dni), po upływie którego dziedzicem stawał się *heres substitutus*. Lecz nieokreśloność położenia mogła stać się szkodliwa dla wierzycieli spadkodawcy. Stąd też w podobnym wypadku mogli zapomocą *interrogatio in iure* żądać od spadkobiercy odpowiedzi „*an heres sit*”, t j. czy przyjmuje spadek czy nie. Jeżeli spadkobierca jeszcze waha się, to może wyjednać wolny czas do namysłu — *spatium deliberandi*, po upływie którego już winien albo *adire hereditatem* albo *repudiare*. Jeżeli nie daje ani jednej ani drugiej odpowiedzi, to pierwotnie milczenie jego uważano za odrzucenie spadku, a w prawie Justynjana za przyjęcie. W każdym razie *aditio hereditatis* jest aktem woli, związanym przytem z odpowiedzial-

nością za długi; wskutek tego do objęcia spadku przez osobę podwładną konieczny był *iussus patris*, a do objęcia spadku przez niedojrzałego konieczna była *auctoritas tutoris*. Jak już wzmiankowaliśmy, *lex Iulia et Papia Poppaea* uznała niektóre osoby (*coelibes* i *orbi*) za niezdolne do nabycia spadku — *incapaces*. Tę *incapacitas* należy jednak odróżniać od braku *testamentifactio passiva*: ustanowienie dziedzicem osobę, nie posiadającą *testamentifactio passiva*, czyni cały testament nieważnym. Natomiast *incapax* może być ustanowiony w testamencie, lecz nie może nabyć na podstawie tego testamentu: część wyznaczona dla niego staje się *caducum* i przechodzi na inne osoby. Przepisy o *incapacitas* zostały później zniesione i w prawie justynjańskim już nie istnieją.

Nabycie *bonorum possessio* odbywa się zupełnie inaczej. *Ipsa iure* nie następuje ono nigdy; przy *bonorum possessio* niema różnicy pomiędzy *domestici* i *extranei heredes*: każdy dziedzic pretorski winien wyjednać sobie *bonorum possessio* od pretora — *agnitio bonorum possessionis*. Zatem konieczny jest ze strony dziedzica akt jego woli, a stąd w odpowiednich wypadkach *iussus patris* i *auctoritas tutoris*. Następnie uzyskanie *bonorum possessio* jest zawsze związane z pewnymi terminami: dla *descendentów* i *ascendentów* spadkodawcy — 1 rok (*annus utilis*), a dla innych dziedziców — 100 dni. Jeżeli dziedzic w ciągu tego terminu nie uzyska *bonorum possessio*, to przechodzi ona na następnego dziedzica według *successio graduum et ordinum*.

Z tego cośmy o nabyciu spadku powiedzieli widać, że od chwili śmierci spadkodawcy (*delatio hereditatis*) do nabycia spadku przez dziedzica (*acquisitio hereditatis*) może upłynąć pewien, nawet dość znaczny, przeciąg czasu. Spadek w tym międzyczasie „leży” — *hereditas iacens*. Z punktu dawnego zapatrywania prawnego jest on bezpańskim, a stąd, jak już mówiliśmy, zawłaszczenia rzeczy spadkowych nie uważano za *furtum*. Każdy może wziąć go w posiadanie i po upływie roku nabyć na własność — *usucapio pro herede*. Z tą *usucapio* w dawnym prawie łączyło się nawet nabycie charakteru dziedzica, t. j. przechodził obowiązek wykonywania rodzinnych *sacra* i uiszczenia długów spadko-

dawcy. Później jednak charakter *usucapio pro herede* uległ istotnej zmianie: za przedmiot jej zaczęto uważać nie całą *hereditas*, jako jedność, lecz tylko poszczególne rzeczy spadkowe; osoba, która zawłaszczyła je nie stawała się obecnie dziedzicem, lecz tylko nabywała je na własność poszczególne, chociaż, jak uprzednio, wystarczał do tego zawsze jeden rok (choćby rzecz była nieruchoma) bez *bona fides* i *iustus titulus*. Takie łatwe warunki w tych czasach usprawiedliwiano być może tem, że *usucapio pro herede* służyła jako środek pobudzający dziedzica do szybszego objęcia spadku; lecz z chwilą wprowadzenia *bonorum possessio* i to znaczenie dla *usucapio* odpadło. Jest już uważana za *improba* i *lucrativa*, a uchwała senatu z czasów Hadrijana zniosła jej moc prawną: na żądanie spadkobiercy rzeczy winny być zwrócone (Gai. II. 52 — 8). Ponadto Marek Aureljusz uznał wszelkie przywłaszczenie rzeczy spadkowych za specjalne przestępstwo — *crimen expilatae hereditatis*, wskutek czego ostatnie pozostałości poprzedniej bezpieczeństwa *hereditas iacens* znikły.

Mimo to stanowisko spadku w tym międzyczasie nie jest prawnie dostatecznie określone. Zachowuje on swoją jedność; może ulegać nie tylko zmniejszeniu, ale i powiększeniu, np. dzięki aktom prawnym niewolników. Wskutek tego dla prawników klasycznych powstała kwestja konstrukcji prawnej tego zjawiska: lecz wywołała ona wśród nich jedynie rozbieżności. Podczas gdy jedni z nich uważali *hereditas iacens* za jakby pewne poprzedzenie osobowości przyszłego dziedzica (*Pomponius* — fr. 24. D. 46. 2: „*Transit ad heredem, cuius personam interim hereditas sustinet*”), to drudzy widzieli w niej przedłużenie osobowości poprzedniego właściciela (*Ulpianus* — fr. 34. D. 41. 1: „*Hereditas enim non heredis personam, sed defuncti sustinet*”); trzeci przyrównywali nawet *hereditas iacens* do *municipia*, t. j. do osób prawnych (*Florentinus* — fr. 22. D. 46. 1: „*Quia hereditas personae vice fungitur, sicut municipium et decuria et societas*”). Zresztą należy zaznaczyć, że rozbieżność ta trwa do czasów dzisiejszych. W każdym razie po nabyciu spadku przez dziedzica ma miejsce *retrotractio*: wszystko rozpatruje się tak, jak gdyby nabył on spadek w chwili śmierci spadkodawcy (tenże Flo-

rentinus — fr. 54. D. 29. 2: „Heres quandoque adeundo hereditatem iam tunc a morte successisse defuncto intelligitur”).

Z wyjątkiem wypadków dziedziczenia domestici heredes, kiedy to nabycie spadku łączy się z jego otwarciem, we wszystkich innych wypadkach delatio hereditatis daje powołanemu dziedzicowi jedynie prawo do przyjęcia spadku lub odrzucenia go. Prawo to w zasadzie jest ściśle osobiste. Jeżeli osoba powołana do dziedziczenia umrze przed nabyciem spadku, to prawo do nabycia nie przechodzi na jej spadkobierców; spadek przechodzi na dalszych spadkobierców pierwszego spadkodawcy. Jeżeli np. dziedzic ustanowiony w testamencie umarł przed nabyciem spadku, to spadek przejdzie nie na jego dziedziców, lecz na dziedziców ustawowych testatora.

Od zasady tej istnieją jednak pewne wyjątki. Przede wszystkim według prawa cywilnego dziedzic ab intestato mógł jeszcze przed nabyciem spadku, ale już po powołaniu, przenieść swoje prawo na osobę drugą zapomocą in iure cessio hereditatis, t. j. pozornego sporu o hereditas. W tym wypadku nabywca tego prawa stawał się dziedzicem w miejsce osoby powołanej. Od powyższego wypadku należy odróżniać przeniesienie albo sprzedaż (także zapomocą in iure cessio) spadku już nabytego. Takiej cessio hereditatis może dokonać każdy dziedzic tak ab intestato jak również testamentarius; pozostaje on jednak heres i odpowiada za długi spadkodawcy, jeżeli nabywca spadku nie wziął ich na siebie zapomocą specjalnych aktów. Z chwilą zaniku in iure cessio wogóle znika także in iure cessio hereditatis w obydwóch postaciach. Wprawdzie jeszcze w prawie justynjańskim możliwa jest sprzedaż całego spadku, ale sprzedaż ta do swego urzeczywistnienia wymaga poszczególnych aktów odnośnie do każdego przedmiotu spadkowego: każda poszczególna rzecz winna być wręczona, każda wierzytelność cedowana, każdy dług przyjęty przez nabywcę. W celu zabezpieczenia wzajemnych pretensyj strony miały zwyczaj w podobnych wypadkach zawierania specjalnych stipulationes emptae et venditae hereditatis.

Z drugiej strony w prawie późniejszym powstały wypadki, w których prawo do nabycia spadku przechodzi na dziedziców osoby powołanej — t. zw. *transmissio delationis*. Najpierw pretor postanowił, że jeżeli powołany dziedzic bez żadnej ze swej strony winy nie zdążył nabyć spadku i umarł, to po zbadaniu sprawy (*causa cognita*) prawo do przyjęcia spadku może zostać przyznane jego spadkobiercom zapomocą *restitutio in integrum* (*transmissio ex capite in integrum restitutionis*). Justynjan zasadę tę uogólnił: jeżeli powołany do dziedziczenia wogóle umarł przed upływem roku, licząc od chwili dowiedzenia się o otwarciu na jego korzyść spadku, albo przed upływem uzyskanego *spatium deliberandi*, to spadkobiercy jego mogą korzystać z pozostałego czasu i wstąpić zamiast niego w prawa spadkowe (t. zw. *transmissio iustinianea*).

Wreszcie należy zaznaczyć jeszcze następujące zjawisko, które może mieć miejsce przed nabyciem spadku. Jeżeli do dziedziczenia ab intestato lub ex testamento powołuje się jednocześnie kilka osób (np. powołuje się na dziedziców A, B i C), to w razie odpadnięcia jednego z nich (śmierć, odrzucenie) część jego prz y r a s t a do części innych (umarł A; część jego nie przejdzie ani na jego dziedziców — jeżeli naturalnie nie miała miejsca *transmissio* — ani na dziedziców ustawowych testatora, ponieważ „*nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest*”, lecz proporcjonalnie podzieli się pomiędzy pozostałych B i C). Ten przyrost nosi techniczną nazwę *ius accrescendi*, chociaż słuszniej byłoby mówić o *ius non-decrescendi*: wszyscy dziedzice z punktu patrzenia prawa rzymskiego są powołani do dziedziczenia in universum *ius defuncti*, podział zaś spadku pomiędzy nimi na części jest tylko rezultatem ich konkurencji (fr. 80. D. 32: „*Totam hereditatem... singulis datam esse, partes autem concursu fieri*”).

§ 38. STANOWISKO DZIEDZICA PO NABYCIU SPADKU.

Z chwilą nabycia spadku kończy się stan przejściowy tak spadku jak również dziedzica. Nabywca spadku staje się *heres*, a jeżeli jest dziedzicem pretorskim, to *heredis loco*. Spadkobierca jakby kontynuuje osobowość spadkodawcy: na niego przechodzą rodzinne *sacra*, a jednocześnie z tem prze-

chodzą wszystkie prawa zmarłego za wyjątkiem nielicznych czysto osobistych (t. zw. iura personalissima — np. prawo do wniesienia *actio iniuriarum*). Spadek we wszystkich swych częściach składowych zlewa się z majątkiem własnym spadkobiercy w jedną niepodzielną masę. Spadkobierca staje się właścicielem rzeczy spadkowych, wierzycielem wierzytelności spadkodawcy i dłużnikiem jego długów. Jeżeli pomiędzy nim, a spadkodawcą istniały przedtem jakieś zobowiązania, to obecnie gasną one zapomocą zlania się (*confusio*).

Lecz to połączenie się spadku w jedną niepodzielną masę z własnym majątkiem spadkobiercy mogło być niepożądane dla różnych osób.

Przedewszystkiem mogło być niepożądane dla wierzycieli zmarłego spadkodawcy: za życia spadkodawcy mogli oni w całości być zaspokojeni z jego majątku; obecnie z racji jego śmierci spadek przechodzi w ręce spadkobiercy, być może, bardzo obciążonego długami, wskutek czego wierzyciele zmarłego po przyłączeniu się do nich licznych wierzycieli spadkobiercy mogą już nie otrzymać całej wierzytelności, lecz tylko nieznaczną część. Z tego względu pretor udzielił wierzycielom spadkodawcy szczególnego dobrodziejstwa — t. zw. *beneficium separationis*. Mogą wyjednać od pretora odłączenia masy spadkowej od osobistego majątku spadkobiercy i obrócenia jej w pierwszym rzędzie na zaspokojenie ich roszczeń. Jeżeli po zupełnem ich zaspokojeniu jeszcze cośkolwiek zostanie, to nadwyżka ta przejdzie do majątku spadkobiercy i w ten sposób przypadnie potem jego osobistym wierzycielom. Lecz z drugiej strony jeżeli spadku nie wystarczało, to wierzyciele spadkowi nie mogli już korzystać z majątku spadkobiercy.

Podobna sytuacja mogła powstać także dla wierzycieli spadkobiercy, jeżeli nabędzie on spadek obciążony długami. Im jednak pretor nie udzielał *beneficium separationis* — na tej podstawie, że wogóle dłużnikowi nie zabrania się czynić nowych długów, przez co naturalnie położenie poprzednich wierzycieli pogarsza się (fr. 1 pr. 1 i 2. D. 42. 6).

Wreszcie połączenie się mas mogło spowodować niepożądane skutki dla samego spadkobiercy, gdy wbrew

wszelkim jego obliczaniom okazało się, że spadek posiada więcej długów, niż majątku i że wobec tego będzie musiał odpowiadać za długie spadkowe swoim osobistym majątkiem. Prawo rzymskie zachowało do końca zasadę bezwarunkowej odpowiedzialności spadkobiercy, chociaż stopniowo znacznie ją zmieniło. Już pretor zaczął udzielać *restitutio in integrum* osobom, które nie osiągnęły 25 lat (*minores*); cesarz Hadrian udzielił możliwości uzyskania tej *restitutio* i przez osoby ponad 25 lat. Lecz *restitutio in integrum* była środkiem nadzwyczajnym udzielanym jedynie w wypadkach szczególnych *causa cognita* i prowadzącym do zupełnego unieważnienia samego nabycia spadku. W postaci specjalnego przywileju dla żołnierzy cesarz Gordjan postanowił, że odpowiadają oni zawsze tylko do wysokości otrzymanego spadku. Wkońcu po tych częściowych próbach cesarz Justynjan na mocy rozporządzenia z 531 r. (c. 22. C. 6. 30) wprowadził ogólne dobrodziejstwo—t. zw. *beneficium inventarii*. Jeżeli dziedzic w przeciągu 30 dni od chwili *delatio* rozpocznie sporządzać spis (*inventarium*) spadku przy współudziale świadków i notariusza i w przeciągu następnych 60 dni doprowadzi go do końca, to odpowiada za długie spadkowe tylko do wysokości spisane spadku—*intra vires hereditatis*.

Dla ochrony swych praw spadkowych dziedzic posiada różne środki. Na czele tych środków należy postawić ogólną skargę o spadek, na mocy której dochodzi się całego spadku, jako *universum ius defuncti* — *hereditatis petitio*. W starożytności urzeczywistniano ją zapomocą legis *actio* i, jak już wspomnieliśmy, w tej formie proces o spadek odbywał się przez długie jeszcze czas przed sądem centumwiralnym — nawet wówczas, gdy legis *actiones* zostały już zniesione przez postępowanie formułkowe. Później *hereditatis petitio* zaczęto urzeczywistniać zapomocą formula *petitoria* („*Si paret hereditatem L. Titij ex iure Quiritium Aⁱ Aⁱ esse*”). Skargę tę można wytoczyć przeciwko każdemu, kto albo kwestjonuje prawo spadkowe powoda, uważając siebie za dziedzica („*qui pro herede possidet*”), albo wprost posiada rzeczy spadkowe, nie podając na swoje usprawiedliwienie żadnego tytułu („*qui pro possessore possidet*”). Odpo-

wiedzialność z tej skargi została dokładniej określona przez *senatusconsultum Iuventianum* z 129 r. po Chr. Na podstawie tego *senatusconsultum bonae fidei possessor* (t. j. pozwany przekonany o swoim prawie) był obowiązany tylko tyle wydać, ile mu jeszcze ze spadku pozostało; natomiast *malae fidei possessor* obowiązany był wydać wszystko co w drodze spadku otrzymał, a także wszystkie owoce i dochody za cały czas jego posiadania.

Dziedzic pretorski, t. j. *bonorum possessor*, zamiast *hereditatis petitio* posiadał *interdictum quorum bonorum*, który pod niektórymi względami podlegał tym samym zasadom co i *hereditatis petitio*. Lecz ponieważ interdykt ten miał na celu tylko otrzymanie posiadania rzeczy spadkowych i nie miał miejsca w stosunku do roszczeń spadkowych, to w prawie późniejszym *bonorum possessorowi* zaczęto udzielać skargi zupełnie analogicznej do *hereditatis petitio* — t. zw. *hereditatis petitio possessoria*. Z chwilą przejścia do procesu nadzwyczajnego różnica pomiędzy obydwojema rodzajami *hereditatis petitio* zupełnie zatarła się, a *interdictum quorum bonorum* stał się środkiem do szybszego otrzymania prowizorycznego posiadania spadku.

Przeciwko osobom, które nie zaprzeczają prawa spadkowego dziedzica, lecz dla pewnych przyczyn nie chcą zwrócić rzeczy spadkowych albo uiszczyć wierzytelności spadkowych, dziedzic posiada skargi *syngularne* — te same, które posiadałby sam spadkodawca, t. j. *rei vindicatio*, *actio empti* i t. d. Jeżeliby dziedzic przeciwko temu, kto kwestjonuje samo prawo spadkowe, zamiast *hereditatis petitio* chciał posługiwać się skargami *syngularnymi*, przez co naturalnie utrudniałby stanowisko pozwanego, to ostatni może uchylić te skargi *zapomocą exceptio ne praeiudicium hereditati fiat*.

Jeżeli jest kilku dziedziców, to wówczas początkowo powstawała pomiędzy nimi *wspólność majątku spadkowego* — *communio incidens*: wszyscy stawali się *condomini* w granicach swych części spadkowych. Co się tyczy wierzytelności i długów spadkowych, to jeżeli przedmiotem ich była rzecz podzielna (np. kwota pieniężna), to już na mocy ustaw XII tablic *ipso iure* dzieliły się pomiędzy *współdziedziców*

stosownie do ich części spadkowych: „*nomina sunt ipso iure divisa*”. Natomiast wierzytelności i długi niepodzielne tworzą prawa solidarne i odpowiedzialność solidarną wszystkich dziedziców razem. Każdy jednak dziedzic w każdej chwili może żądać podziału spadku zapomocą *actio familiae erciscundae*.

Przy dziedziczeniu kilku *coheredes* w niektórych wypadkach ma miejsce t. zw. *collatio bonorum*, t. j. obowiązek dołączenia (*conferre*) do przypadającej do podziału masy spadkowej pewnych rodzajów własnego majątku. Najdawniejszy wypadek takiej *collatio* widzieliśmy już przy dziedziczeniu *filius emancipatus* obok swych braci pozostałych pod władzą spadkodawcy. Drugi wypadek jest to *collatio dotis*: córka, która przy wyjściu za mąż otrzymała posag, jeżeli chce później dziedziczyć po śmierci swojego ojca razem z innemi jego dziećmi, to musi wnieść do podziału swój posag. Ustawodawstwo z czasów cesarstwa (szczególnie ustawa cesarza Leona z 472 r.) uogólniło ideę *collatio*, stanowiąc, że wogóle przy dziedziczeniu po *ascendentach* potomkowie winni konferować do masy spadkowej to, co każdy z nich otrzymał od spadkodawcy w postaci *dos*, *donatio propter nuptias*, albo w celu samodzielnego urzędzenia się (np. w celu nabycia jakiegoś urzędu); jest to t. zw. *collatio descendantów*.

Lex Iulia et Papia Poppaea jednocześnie ze znami przepisami o *incapacitas* i *caducum* postanowiła także, że w pewnych wypadkach spadek już nabyty przez dziedzica może być mu odebrany jako niegodnemu — *indignus*. Odebrany w ten sposób spadek — *ereptorium* — przechodzi albo na innych dziedziców albo na skarb państwowy, przyczem fiskus występuje *heredis loco*, wykonywuje wszystkie ustanowione w testamencie zapisy, wypłaca długi spadkowe i t. d. Wypadki takiej *indignitas* spadkobiercy były dość liczne, a nadto w późniejszych rozporządzeniach cesarskich liczba ich została znacznie powiększona. Do ważniejszych z nich należą przestępstwa przeciwko spadkodawcy: zamordowanie go, unieważnienie sporządzonego przez niego testamentu, rozmyślne przeszkadzanie sporządzaniu testamentu, bezpodstawne wniesienie *querela inofficiosi testamenti* i t. d.

§ 39. LEGATA I FIDEICOMMISSA.

Oprócz ustanowienia dziedzica spadkodawca może uczynić także inne rozporządzenia na wypadek śmierci. Najważniejsze miejsce pomiędzy nimi zajmują rozporządzenia o przekazaniu przez dziedzica pewnych kwot pieniężnych lub pewnych rzeczy jakimś określonym osobom — zapisy. Zapis nie czyni zapisobiorcy dziedzicem w rzeczywistym tego słowa znaczeniu: staje się on nie uniwersalnym, lecz tylko syngularnym następcą spadkodawcy i wskutek tego nie odpowiada za jego długi. Zato z drugiej strony zapis jest ważny tylko wówczas, gdy długi spadkowe są pokryte. Z tego względu zapis jest tylko pewnem zmniejszeniem spadku — „*delibatio hereditatis*” (fr. 116. pr. D. 30).

Pierwszą formą historyczną zapisów znaną już dawnemu *ius civile* i powstałą prawdopodobnie jednocześnie z testamentem były legata. Opierają się one już na znanym przepisie ustaw XII tablic: „*Uti legassit super pecunia tutelave suae rei, ita ius esto*”. Lecz w dawnym prawie cywilnem legatów nie odróżniano od testamentów: mogły one być sporządzane tylko zapomocą testamentu i nałożone jedynie na ustanowionego w nim dziedzica. Sporządzenie takiego testamentu, w którym byłyby ustanowione tylko legaty nałożone na dziedzica ab intestato były niedozwolone. Jeżeli testator chciał to uczynić, to musiał koniecznie zamienić dziedzica ab intestato na *heres testamentarius*, t. j. ustanowić go również dziedzicem w testamencie.

Stosownie do swej formy i skutku legaty prawa cywilnego dzielą się na cztery rodzaje (Gai. II. 192 nn.).

a) *Legatum per vindicationem*. Ten legat sporządzano zwykle zapomocą słów: „do lego”, np.: „*Lucio Titio hominem Stichum do lego*”. Według tej formy mogła być zapisana pewna rzecz albo służebność (np. „*L. Titio usumfructum do lego*”). Osoba, której zapisano legat — *legatarius*, w chwili nabycia spadku przez spadkobiercę otrzymywała natychmiast prawo własności na zapisanej rzeczy lub prawo do służebności i mogła dochodzić swego prawa rzeczowego zapomocą *rei vindicatio* (lub *actio confessoria*), skąd i sam legat otrzymał nazwę *legatum per vindicationem*.

b) *Legatum per damnationem*, który sporządzano zapomocą słów: „*Heres meus L. Titio centum dare damnas esto*”. Wskutek słów „*damnas esto*” na dziedzica nakładano obowiązek spełnienia tego, co zostało zapisane. Zobowiązanie to w czasach najdawniejszych urzeczywistniano w formie *manus iniectio*, a później zapomocą *actio ex testamento* (z zastosowaniem jednak zasady „*lis infitiando crescit in duplum*”).

c) *Legatum sinendi modo*, który sporządzano zapomocą następujących słów: „*Heres meus damnas esto sinere L. Titium hominem Stichum sumere sibi que habere*”. Dziedzic był obowiązany jedynie pozwolić (nieprzeszkadzać) legatarjuszowi zabrać zapisaną rzecz; prawdopodobnie jest to tylko pewna modyfikacja *legatum per damnationem*.

d) *Legatum per praeceptionem*: „*L. Titius hominem Stichum praecipito*”. Właściwe znaczenie tego legatu było sporne już wśród prawników klasycznych: Sabinianie twierdzili, że legat *per praeceptionem* może być ustanowiony tylko na korzyść jednego ze współdziedziców — jeden z nich otrzymuje jakąś rzecz oprócz swej części spadkowej. Prokulejanie natomiast mniemali, że może być on ustanowiony również na korzyść osób trzecich, przyczem osoby te mają te same prawa co przy *legatum per vindicationem*. Dla czasów wcześniejszych prawdopodobniejsze jest zdanie Sabinjanów, lecz według swego charakteru *legatum per praeceptionem* stanowi jedynie odmianę legatu windykacyjnego.

Jak widać już z tego rzutu oka, legaty podlegały takiemu samemu formalizmowi jak testamenty. Najmniejsza omyłka w wyborze odpowiedniej formy (np. zapisano *per vindicationem* rzecz, nie należącą do testatora, którą, według myśli testatora, dziedzic winien był dopiero kupić) sprawadzała zupełną jego nieważność. W czasach jednak cesarskich formalizm ten zmniejsza się, a później zupełnie znika. *Senatusconsultum Neronianum* (z czasów Nerona) stanowi, że w razie omyłki co do formy legat winien być tak traktowany, jakgdyby był ustanowiony *per damnationem*, t. j. dawał legatarjuszowi jedynie roszczenie zobowiązaniowe przeciwko dziedzicowi. Wreszcie po zniesieniu konieczności pew-

nych wyrażen stereotypowych dla institutio heredis, została ona zniesiona na mocy ustawy cesarza Konstancjusza (339 r. — c. 21. C. 6. 37) również dla legatów.

Obok legatów w epoce cesarskiej otrzymał znaczenie prawne inny rodzaj zapisów—*fideicommissa*. Zaczątkiem ich były różne nieformalne, słowne lub pisemne, prośby spadkodawcy zwrócone do dziedzica w celu spełnienia albo przekazania czegoś pewnej osobie. Wszystkie tego rodzaju prośby z prawnego punktu patrzenia początkowo były dla dziedzica nieobowiązujące; spełnienie ich powierzano jedynie jego fides (stąd nazwa *fidei — commissum*). Lecz od czasów Augusta cesarze polecają magistraturom — początkowo konsulom, a później specjalnym *praetores fideicommissarii* — pieczę nad tem, aby *fideicommissa* były wykonywane. Wskutek tego osoba, której cośkolwiek w ten sposób zostało zapisane — *fideicommissarius* — nabywała prawo nie do zwykłej skargi cywilnej, *actio*, lecz do skargi postępowania nadzwyczajnego—*fideicommissi persecutio*. Stopniowo ta *persecutio* coraz więcej zaczęła zbliżać się do zwykłej skargi cywilnej, a z chwilą powstania postępowania nadzwyczajnego prawie zupełnie przestała różnić się od *actio ex testamento*.

W odróżnieniu od legatów *fideikomis* mógł być nałożony nietylko na dziedzica testamentowego, lecz także na dziedzica ustawowego (nawet jest to główny wypadek *fideikomisu*). Następnie mógł być sporządzony tak przed jak również po testamentie jako jego uzupełnienie; jeżeli był sporządzony przed testamentem, to mógł być później potwierdzony w testamencie (*testamento confirmatum*). Początkowo nie wymagano żadnej formy dla *fideikomisów*: mogły być sporządzane nawet wprost przez kiwnięcie głowy (*nutu*). Zwykle jednak *fideikomisy* sporządzano zapomocą listu na imię dziedzica — *codicillus*. Ze względu na ścisłą formalność testamentów, dzięki której testament mógł bardzo łatwo stać się zupełnie nieważnym, było w zwyczaju dodawanie do testamentu t. zw. *clausula codicillaris*, t.j. prośby, aby w razie nieważności dokumentu jako testamentu, uważano go za kodycył skierowany pod adresem dziedzica ustawowego.

Różnica pomiędzy legatami i fideikomisami w ciągu czasów poklasycznych stopniowo zmniejszała się. Z jednej strony ustawa Konstancjusza zmniejszyła formalności odnośnie do legatów, a z drugiej do fideikomisów zastosowano ważniejsze ograniczenia materialne, obowiązujące dotąd tylko dla legatów. Proces ten zlania się obydwóch form historycznych zakończył Justynjan. Na mocy rozporządzenia z 529 r. (c. 1. C. 6. 43) Justynjan postanowił, że podobnie jak legat tak samo i fideikomis tworzy dla osoby, na korzyść której został ustanowiony, roszczenie zobowiązaniowe przeciwko dziedzicowi, zaopatrzone w hipotekę ustawową na majątku spadkowym. Ponadto, jeżeli przedmiotem zapisu jest rzecz, należąca do masy spadkowej, to legatarjusz lub fideikomisarjusz posiada w stosunku do niej także rei vindicatio. Rozporządzenie z 531 r. (c. 2. C. 6. 43) zniosło ostatecznie różnicę pomiędzy legatami i fideikomisami.

Lecz, zrównawszy się z legatami co do mocy prawnej, fideikomisy uległy pewnym ograniczeniom co do formy. W szczególności, kiedy kodycył zaczął często zastępować testament, w późniejszym ustawodawstwie cesarskiem powstaje dążenie do podporządkowania go tym samym formom, które istniały dla testamentu, a przede wszystkim wymaganie takiej samej ilości świadków. Justynjan jednak ustanowił dla kodycyłów pewne złagodzenie: podczas gdy dla testamentu potrzeba było 7 świadków, kodycył mógł być sporządzony pisemnie lub ustnie przy współudziale 5 świadków. W ten sposób w prawie justynjańskim kodycyłem nazywa się każde rozporządzenie ostatniej woli sporządzone w obecności 5 świadków i różniące się od testamentu tylko tem, że nie zawiera w sobie institutio heredis. Fideikomis pozbawiony tej formy jest ważny tylko wtedy, jeżeli fideikomisarjusz, wnosząc skargę, przysięgnie, że ma podstawę do roszczenia i jeżeli dziedzic nie odpowie za pomocą przysięgi przeciwnej, że żadnego polecenia od spadkodawcy nie otrzymał (t. zw. fideicommissum orale — c. 32. C. 6. 42).

Pierwotnie spadkodawca posiadał zupełną wolność odnośnie do zapisów: mógł sporządzić taką ich ilość,

że cały spadek został przez nie pochłonięty, a dziedzicowi pozostało tylko „*inane nomen heredis*”. Lecz w tym wypadku dla dziedzica nie przedstawiało żadnego interesu nabycie spadku; rzecz naturalna, że częstokroć wolał zupełnie zrzec się go. Wskutek jego zrzeczenia się odpadały również wszystkie legaty (ponieważ odpadał sam testament). W celu zachowania mocy prawnej testamentów oraz przeciwdziałania marnotrawstwu w okresie rzymskiej republiki wychodzi cały szereg ustaw, odnoszących się do ograniczenia wysokości legatów. Pierwszą ustawą tego rodzaju była *lex Furia testamentaria*, ustawa z czasów nieznanych, która zabroniła przyjmowania na podstawie legatu więcej, niż 1000 asów: otrzymanie większej kwoty było karane obowiązkiem zwrotu w poczwórnej wysokości tego plus. Lecz ustawa ta nie osiągnęła swego celu: można bowiem było rozdać cały spadek zapomocą zapisów nie przekraczających kwoty 1000 asów. Nieco później druga ustawa, wzmiankowana już wyżej — *lex Voconia* z 169 r. przed Chr. — postanowiła, że legat nie może wynosić więcej, niż to co otrzymuje dziedzic. Lecz i ta ustawa była niewystarczająca dla tej samej racji. Wreszcie *lex Falcidia* — ustawa z 40 r. przed Chr. — stanowiła, że spadkobiercy ustanowionemu w testamencie winna zawsze pozostać wolna od zapisów przynajmniej $\frac{1}{4}$ spadku; stąd też ta część czwarta nazywa się *quarta Falcidia*. Należy ją odróżniać od *portio debita* przy dziedziczeniu koniecznem: *portio debita* zabezpiecza pewną część spadku (w prawie klasycznem także czwartą część) dziedzicowi koniecznemu przed testamentem, *quarta Falcidia* zabezpiecza dziedzica testamentowego (nawet zupełnie obcego) przed zapisami. Potem ograniczenie to rozciągnięto również na *fideikomisy*: *senatusconsultum Pegasianum* rozciąga *quarta Falcidia* na dziedziców testamentowych, a rozporządzenie cesarza Antonina Piusa także na dziedziców *ab intestato* (Gai. II. 224—7, 254; fr. 18. pr. D. 35. 2).

Przedmiotem zapisów są zwykle poszczególne przedmioty majątkowe — rzeczy lub wierzytelności, lecz może nim być także pewna określona część spadku, np. trzecia lub czwarta jego część.

Najdawniejszym rodzajem takiego zapisu jest t. zw. *legatum partitionis* (np.: „*Heres meus cum Titio hereditatem partitor*” — Ulp. reg. 24. 25). Osoba, na korzyść której pozostawiono taki zapis, *legatarius partiaris*, nie stawała się współdziedzicem i sukcesorem uniwersalnym, lecz otrzymywała jedynie prawo obligatoryjne żądania od dziedzica wydania zapisanej części spadku (*actio ex testamento*). Za długi spadkowe odpowiadał tylko dziedzic; stąd też, wydając zapisaną część spadku legatarjuszowi, zatrzymywał proporcjonalną jej część na pokrycie długów spadkowych. Wykonanie zapisu uskuteczniano zapomocą poszczególnych aktów w odniesieniu do każdego poszczególnego przedmiotu majątkowego: zapomocą *traditio* rzeczy, *cessio* wierzytelności i t. d. Po wykonaniu tych poszczególnych aktów dziedzic i legatarjusz dawali sobie wzajemnie *stipulationes partis et pro parte*: dziedzic przyrękał legatarjuszowi, że jeżeli potem zjawi się jeszcze jakiś majątek spadkowy, to wyda mu odpowiednią część (*stipulatio partis*), a legatarjusz znów przyrękał dziedzicowi, że przyjmie na siebie uiszczenie odpowiedniej części długów spadkowych (*stipulatio pro parte*).

Z chwilą powstania *fideikomisów*, według ich formy można było zapisać nie tylko część, lecz także cały spadek. W ostatnim wypadku mamy *fideicommissum hereditatis* czyli *fideikomis uniwersalny*. Zwykła jego forma była: „*L. Titius heres esto. Rogo te, L. Titi, petoque a te, ut cum primum possis hereditatem meam adire, Seio eam reddas restituas*” (Gai. II. 250). Cele, dla których testator uciekał się do takiego *fideikomisu uniwersalnego*, mogły być rozmaite: pozostawiając np. po sobie jako dziedzica ustawowego jakąś osobę o nieustalonym charakterze, testator wolał ustanowić dziedzicem swego przyjaciela, z tem jednak zastrzeżeniem, iżby potem przy pewnych warunkach wydał spadek dziedzicowi.

Początkowo uniwersalny *fideikomis*, podobnie jak i *legatum partitionis*, dawał *fideikomisarjuszowi* tylko prawo zobowiązaniowe żądania od dziedzica (*fiducjarjusza*) wydania spadku. *Fiducjarjusz* pozostawał dziedzicem, a wskutek tego odpowiadał za długi spadkowe. Wydania spadku dokonywano zapo-

mocą *venditio hereditatis*: fideikarjusz sprzedawał spadek fideikomisarjuszowi *nummo uno*, t.j. za cenę fikcyjną, a następnie wręczał każdą rzecz i każdą wierzytelność spadkową zapomocą odpowiedniego aktu. Fideikomisarjusz natomiast obowiązany był dać fideikarjuszowi *stipulatio*, że zaspokoi wszystkich wierzycieli spadkowych (*stipulatio emptae et venditae hereditatis*).

Ta złożona procedura została uproszczona na mocy uchwały senatu za panowania Nerona, prawdopodobnie w 56 r. — *senatusconsultum Trebellianum*. Uchwała ta ustanowiła *restitutio hereditatis* zapomocą zwykłego oświadczenia fideikarjusza; po wykonaniu tego oświadczenia zatrzymuje on nadal tylko nazwę dziedzica (podobnie jak dziedzic cywilny *nudum ius* przy *bonorum possessio*), właścicielem zaś (bonitarnym) rzeczy spadkowych, wierzycielem spadkowych wierzytelności i dłużnikiem spadkowych długów stawał się fideikomisarjusz: wszystkie skargi przysługują jemu i przeciwko niemu, jako *actiones utiles*. Wskutek tego fideikomisarjusz stawał się sukcesorem uniwersalnym *heredis loco*, a *stipulationes emptae et venditae hereditatis* stały się zbyteczne.

Lecz i obecnie fideikomisarjusz zależy od fideikarjusza pod tym względem, że fideikarjusz może zniweczyć całe prawo fideikomisarjusza: wystarczy, aby tylko rzekł się przyjęcia spadku, a wówczas wraz z odpadnięciem testamentu odpada także fideikomis. W celu uniknięcia tego niebezpieczeństwa powstaje druga uchwała senatu z czasów Wespazjana (69—79 r. po Chr.) — *senatusconsultum Pegasianum*. Z jednej strony, chcąc uczynić dla fideikarjuszy interes w przyjęciu spadku, rozciąga na wszystkie fideikomisy przepis o quarta Falcidia. Z drugiej strony, jeżeliby ten interes okazał się zbyt słaby, to na prośbę fideikomisarjusza można było zmusić fideikarjusza do przyjęcia spadku *extra ordinem*, przyczem był on w tym wypadku pozbawiony prawa do quarta Falcidia. W związku z tem *senatusconsultum Pegasianum* ustanawia dość złożone zasady o sposobie wydania *hereditas* fideikomisarjuszowi, przyczem dla niektórych wypadków (jeżeli fideikarjusz urzeczywistnia swoje prawo odnośnie do quarta Falcidia) wraca do dawnego, przedtrebe-

ljańskiego, sposobu poszczególnych aktów ze *stipulationes partis et pro parte*.

Lecz wszystkie te zasady, złożone zniósł Justynjan i połączył obydwie *senatusconsulta*. Z *setum Pegasianum* Justynjan zatrzymał przepis, że *fiduciarjusz* ma prawo do *quarta Falcidia* i że może być zmuszony do przyjęcia spadku. Co się tyczy sposobu *restitutio* i jej następstw, to Justynjan dla wszystkich wypadków, nawet dla *fideikomisu* części spadku, przepisał zastosowanie zasad *setum Trebellianum*: z chwilą oświadczenia *fiduciarjusza* o *restitutio*, *fideikomisarjusz* staje się *uno actu heredis loco* odnośnie do całego spadku lub jego części.

W ten sposób prawo justynjańskie, oprócz bezpośredniej sukcesji uniwersalnej w postaci dziedziczenia ustawowego lub testamentowego, zna również pośrednią — w postaci uniwersalnego *fideikomisu*.

Z zapisem pod pewnemi względami łączą się dwa inne rodzaje rozporządzeń na wypadek śmierci — mianowicie *mortis causa donatio* i *mortis causa capio*.

Donatio mortis causa jest darowizną uczynioną przez jedną osobę drugiej na wypadek, że obdarowany przeżyje darczyńcę. Pierwotnym wypadkiem tego rodzaju była darowizna w chwili niebezpieczeństwa. Dopóki darczyńca nie umrze albo jeżeli obdarowany umrze wcześniej, niż darczyńca, ostatni może żądać zwrotu darowizny; lecz jeżeli darczyńca umrze wcześniej, to spadkobiercy jego już nie mają prawa do jej zwrotu. Pod tym względem *donatio mortis causa* ma pewne podobieństwo do zapisów: jest także pewnem obciążeniem spadku. Stąd też niektóre zasady, obowiązujące dla zapisów, zastosowano również do *donatio mortis causa* — mianowicie zasadę o *quarta Falcidia* i przepis, że *donatio mortis causa* tylko wówczas jest ważna, jeżeli po pokryciu długów spadkowych pozostanie odpowiedni majątek. Mimo to *donatio mortis causa* różni się zasadniczo od zapisów: podobnie jak każda inna darowizna nie jest jednostronnym aktem ostatniej woli, lecz umową, wymagającą zgody obdarowanego.

Oprócz zapisów i *donatio mortis causa* mogą istnieć jeszcze inne wypadki, w których jakaś osoba drogą uboczną otrzymuje

cośkolwiek ze spadku. Tak np. testator ustanawia jakąś osobę dziedzicem, ale pod warunkiem, jeżeli wyda pewną kwotę innej osobie: „P. Maevius heres mihi esto, si Titio centum dederit”. Znaczenie prawne takiego rozporządzenia zawiera się w tem, że wyznaczony w testamencie stanie się dziedzicem jedynie wówczas, jeżeli spełni warunek. Jeżeli to uczyni, Titius otrzyma wskazaną kwotę, lecz prawa żądania spełnienia warunku Titius nie posiada; pod tym względem wspomniany wypadek różni się zasadniczo od zapisów. Wypadki podobnego ubocznego otrzymania czegoś ze spadku łączą się pod wspólną nazwą *mortis causa capio*.

S K O R O W I D Z¹.

Absentes 113.

Acceptilatio 153, 188, 189.

Accessio temporis 113.

Accessorium 109, 149, 193.

Accusatio suspecti tutoris 227.

Acquisitio civilis, naturalis 76.

hereditatis 268.

Actio adiëcticiae qualitatis 27, 39, 218.

aquae pluviae arcendae 69, 86.

arbitraria 184.

arborum furtim caesarum 126.

auctoritatis 72, 171.

civilis incerti 166.

commodati 163.

conducti 174.

confessoria 85, c. utilis 100.

doli 184.

de effusis et deiectis 187.

de in rem verso 29.

de modo agri 73.

de pauperie 26.

de peculio 28.

de pecunia constituta 178.

de positis et suspensis 187.

de rupitiis sarcindiis 126.

depensi 151.

depositi 164.

empti 170.

ex stipulatu 144, 211—2.

exercitoria 28.

familiae erciscundae 278.

famosa 46.

ficticia 97.

fiduciae 80, 103, 136, 161.

finium regundorum 86.

ypothecaria 166—7.

in factum 162, 166, 183.

iniuriarum 131.

in personam 59.

in rem 59.

institoria 28.

legis Aquiliae 182.

locati 174.

mandati 176.

metus 184.

mixta 180, 182.

negatoria 85.

negotiorum gestorum 186,

pigneraticia 107, 165.

poenalis 180.

popularis 187.

perpetua 191.

praescriptis verbis 167.

pro socio 175.

prohibitoria 85.

Publiciana 97.

quantum minoris 172.

quod iussu 29.

rationibus distrahendis 22

redhibitoria 172.

rei persecutoria 180.

rei uxoriae 211.

rerum amotarum 209.

Serviana i quasi Serviana

suppletoria 267.

temporalis 191.

tributoria 28.

tutela 227.

utilis 183, 195, 226.

venditi 170.

vi bonorum raptorum 184.

Actor (municipii) 53.

Actus 77.

Addictio 74, 123.

Aditio hereditatis 270—1.

Adoptio 220—1.

Adpromissio 150 2.

Adstipulatio 149—50.

Adulterium 202—3.

¹ Liczby oznaczają stronicę.

- Aerarium** 50.
Aes et libra 70, 130, 188.
Ager occupatorius 88; **vectigalis** 102, 116.
Agnatio, agnatus 39—40.
Agnitio bonorum possessionis 270.
Alimenta 34, 210, 215.
Ambitus 69.
Anatocismus 160.
Animus possidendi 92.
Antichresis 109.
Apparitores 51.
Aquaeductus 77.
Aquae et ignis interdictio 41, 44.
Aquilius Gallus 184, 190.
Argentarii 153, 173, 191.
Arrogatio 220.
Ascendenci 260.
Assertor in libertatem 31, 47.
Auctoritas 72, 74, 129; **tutoris** 225.

Beneficium abstinendi 269.
 competentiae 209.
 cedendarum actionum 152.
 divisionis 152.
 excussionis 152.
 inventarii 276.
 separationis 270, 275.
Bona adventicia 219.
 materna 218.
 vacantia 261.
Bonorum possessio 240—4.
Bonitarna własność 94—8.

Caduca 204.
Canon 115.
Capitatio humana 110; **terrena** 110.
Capitis deminutio 40—5.
Caput 20.
Caupones 178, 187.
Causa aktu prawnego 72, 143.
 possessionis 87.
Cautio, jako dokument pisemny 145—6, 156, 159.
 damni infecti 86.
 de non amplius turbando 85.
 rem pupilli salvam fore 227.
 rei uxoriae 211.
Centumviri (sąd centumwiralny) 265.
Cessio (in iure) 74, 111, 273.
 nominis 195.
Chirographum 155.
Circumscriptio minorum 230.
Clausula codicillaris 281.
 nova Iuliani 258.
Clientes (klienci) 34.

Codex accepti et expensi 153.
Codicillus 281.
Coelibes 204.
Coemptio 198, 201.
Cognatio 39; **servilis** 24.
Collatio bonorum 278.
Collegia 51, 53—5.
Colonia partiaria 173.
Commercium 35.
Commodatum 163.
Communio incidens 187, 277.
Compensatio 190—1.
Concubinatus 203.
Condemnatio 131.
Condictio: legis actio per con-
 ditionem 144, 185.
 causa data causa non secuta
 166, 186.
 certae pecuniae 144, 158.
 furtiva 182.
 indebiti 186.
 ob causam datorum 186.
 ob turpem, ob iniustam cau-
 sam 186.
 sine causa 186.
 triticaria 144, 158.
Conductio 173—4.
Confarreatio 198, 201.
Confessio 74.
Confusio 78, 192.
Consanguinei 260.
Consensus 139.
 curatoris 226.
Consortium 175.
Constitutio Antonina Pia 25.
Constitutum 178.
 debiti alieni 152, 178.
Contractus 138—9.
 aestimatorius 165.
 innominati 165—7.
 pigneraticius 165.
Contrarius actus 130, 188.
Controversia de fine i de loco 86.
 status 46—8.
Conventio in manum 44.
Corpus possessionis 92.
Correi 148.
Cretio 270.
Crimen expilatae hereditatis 272.
Culpa 163—4, 171, 182.
Cura 225.
Curatores minorum, furiosi, pro-
 digi 230—1, 233.

Damnus, damnatio 130—4, 182.
Damnum infectum 86.
 iniuria datum 126, 182 3.

- Datio in adoptionem 44.
 Decretum de alienando 228.
 Deductio, rodzaj compensatio 190.
 in domum 201.
 servitutis 79.
 Delatio hereditatis 268.
 Delegatio 190, 193.
 Delicta privata 122—6, 180—5.
 Dementes 233.
 Denuntiatio 195.
 Depositum 164.
 Descendenci 260.
 Detentio 93.
 Diffarreatio 203.
 Diligentia quam suis 209.
 Divortium 202.
 Dolus 184.
 Dominium 63, 111.
 populi Romani 49.
 Donatio 179.
 inter virum et uxorem 209.
 mortis causa 286.
 propter nuptias 213—4.
 Dos 210—3.
Ecclesiae 57.
 Edictum aedilicium 172.
 Claudianum 25, 30, 33, 232.
 Publicianum 96.
 successorium 259.
 Emancipatio 222.
 Emphyteusis 115—6.
 Emptio-venditio 168—73.
 Emptor bonorum 191.
 familiae 248—9.
 Eruptoria 278.
 Evictio 171—1.
 Exceptio 146, 191.
 iusti dominii 98.
 legis Cinciae 179.
 legis Plaetoriae 230.
 ne praeiudicium hereditati fiat 277.
 non adimpleti contractus 170.
 non numeratae pecuniae 146.
 pacti 177, 189.
 rei venditae et traditae 95.
 vitiosae possessionis 90.
 Excusatio 225.
 Exercitor 28.
 Exhereditatio 263—5.
 Expensilatio 153.
 Expromissio 190, 193.
Familia 36—7, 197—222.
 i pecunia 16—7.
 Favor libertatis 23.
 testamenti 254.
 Fictio legis Corneliae 43.
 Fictus possessor 84.
 Fideicommissa 281—6.
 Fideiussio 151—2.
 Fidepromissio 150—1.
 Fiducia 73, 80, 102—3, 116, 129.
 Filii familias 38.
 Fiscus 56—7.
 Foenus 133, 160.
 nauticum 160.
 Formula arbitraria 83.
 petitoria 83, 276.
 Fraternitas 175.
 Fundus 65.
 dotalis 212.
 patrimonialis 115.
 Furiosus 233.
 Furtum manifestum, nec manifestum 122—3, 181.
 conceptum, oblatum 125—6, 181.
 usus 109.
Gestio negotiorum 186.
 pro herede 270.
Habitatio 78.
 Hereditas 235, 240.
 damnosa 269.
 iacens 271—3.
 Hereditatis petitio 276.
 possessoria 277.
 Heres 236, 274.
 domesticus 268—70.
 extraneus 270—1.
 necessarius 269.
 suus 255.
 voluntarius 270.
 Herus 37.
 Honor institutionis 267.
 Honorarium 174.
 Hyperocha 108.
 Hypotheca 105—9, 116—8.
Iactus 174.
 Ignominia 45.
 Illata, invecta, inducta 105.
 Immissiones 70.
 Impuberes 228—9.
 Incapacitas 204, 271.
 Incensus 43.
 Indignitas 278.
 Infamia 46.

- Infantes** 229.
Infantiae maiores 229.
Ingenui 34.
Iniuria 122, 180—1.
Insinuatio 179.
Institor 29.
Institutio heredis 253.
Instrumentum, jako dokument pi-
 semny 117.
Intercessio kobiet 232.
Interdicta possessoria 89—92.
Interdictio 233.
**Interdictum de clandestina pos-
 sessione** 92.
 de liberis exhibendis, ducen-
 dis 48.
 demolitorium 87.
 de migrando 106.
 de precario 91—2.
 de superficiei 101.
 de uxore exhibenda, ducenda
 208.
 de vi 91.
 ne quid in loco publico fiat 89,
 quem fundum 82.
 quorum bonorum 240, 277.
 Salvianum 106.
 unde vi 91.
 ut possidetis 90.
 utrubi 90—1.
Intestabilitas 45.
Intestatus 255.
Introductio (solemnis locorum) 112.
Inventarium 276.
Iter 76.
Iudex litem suam facit 187.
Iudicium domesticum 207.
 publicum 230.
Ius abutendi 60.
 accrescendi 274.
 coercitionis 217.
 cogens 17.
 commercii 35.
 connubii 35.
 disponendi 60.
 dispositivum 17.
 exponendi 216.
 extraordinarium 30.
 in agro vectigali 102, 115 6.
 in personam 59.
 in rem 59.
 in re aliena 61.
 Latii 35.
 liberorum 204, 232.
 possidendi 87.
 postliminii 42.
 privationis 116.
 privatum 18.
 protimiseos 116.
 publicum 18.
 Quiritium 110.
 repraesentationis 255.
 utendi 60.
 vendendi 108, 216—7.
 vitae ac necis 25, 207, 216—7.
Laesio enormis 170.
Latini coloniarum 35.
 Iuniani 32, 35.
 prisci, veteres 35.
Laudatio auctoris 84.
Laudemium 116.
Legata 134, 279 84.
Legatarius 279.
 partiarius 284.
Leges mancipii 73.
Legitimatio 219—20.
Lex Aelia Sentia 33.
 Anastasiana 195.
 Apuleia 150.
 Aquilina, 127, 149, 182.
 Atilia 224.
 Atinia 75.
 Calpurnia (o legis actio per
 conditionem) 144.
 Cicereia 151.
 Cincia 179.
 commissoria 107—8.
 Cornelia o jeńcach wojennych
 42.
 — de iniuriis 181.
 Falcidia 283.
 Fufia Caninia 33.
 Furia de sponsu 151.
 Furia testamentaria 283.
 Genucia 160.
 Iulia de collegiis 55.
 — de adulteriis 202, 212.
 — de maritandis ordinibus 203.
 — et Papia Poppaea 203, 261,
 278.
 — et Titia 225.
 Iunia Norbana 33, 35.
 Petronia 25.
 Plaetoria 230.
 Plautia (o res vi possessae) 75.
 Poetelia 134.
 Publilia de sponsu 151.
 Rhodia de iactu 174—5.
 Scribonia 79.
 Silia 144.
 Vallia 133.
 Voconia 252, 256, 283
Libellus repudii 204.

Liberatio nexi 130.

Liberi 257.

naturales 203, 216, 219.

Libertini 33—4.

Libri censuales 112.

Libripens 70.

Litterae 152—6.

Locatio-conductio 173—4.

Locus religiosus 24.

Lucida intervalla 233.

Lucra nuptialia 205—6, 218.

Lukullus 184.

Maleficium 139.

Mancipatio 70—4, 111, 129.

Mancipium 41.

Mandatum 175—6.

agendi 194.

qualificatum 152, 176.

Manumissio 30—33.

Manus 37, 198—201, 207.

Matrimonium 200.

Membrum ruptum 122.

Merx 169.

Metus 184.

Minores (XXV annis) 230.

Monstra 217.

Morari in libertate 32.

Mortis causa capio 287.

Mulieres 231—3, 252.

Municipium 52—3.

Munus 224.

Mutuum 157—61.

Nautae 178, 187.

Negotia lucrativa 226.

per aes et libram 70, 130, 188.

Negotiatio 175.

Negotiorum gestio 186.

Nexi 133.

Nexum 130—4.

Niewola 43.

Niewolnicy 21—34.

Nomen, jako obligatio 195, 277.

N:mina arcaria 153.

Nominatio auctoris 84.

Novatio 190, 193.

Nowele 259, 267 8.

Noxa 26, 39, 216.

Nuda proprietas 60.

Nuncupatio 73, 133, 249.

Obaerati 133.

Obligatio 116—8.

naturalis 27, 39, 139, 160.

Obsignatio 249.

Occupatio 76.

Officium pietatis 265.

Operae officiales, fabriles 34.

liberales 174.

locari solitae 174.

servorum et animalium 78.

Operis novi nuntiatio 86—7.

Oratio Antoniniana 209.

divi Severi 227.

Orbi 204.

Os fractum 122.

Pacta nuda, vestita 139, 177—80.

Pactio 100.

Pactum de contrahendo 157.

de non petendo 189.

de vendendo 107—8.

donationis 179.

dotis 178.

fiduciae 129, 136, 161.

Pagina accepti, expensi 153.

Panis farreus 198.

Parapherna 209.

Parens binubus 205.

Paterfamilias 37—8.

Patronat 34.

Peculium 27—8, 38, 207, 217—8

castrense, quasi-castrense 218

Pecunia i familia 66—7.

Peregrini 35—6.

Periculum (rei) 171.

Permutatio rerum 165.

Persona 20.

incerta 252.

servi 24.

sui i alieni iuris 38—9.

turpis 266.

Pia corpora 57.

Piae causae 57.

Pignoris capio magistratus 81.

Pignus 103, 107, 116, 165.

Pollicitatio 140.

Portio debita 266.

Possessio 69, 87 94.

Postliminium 42.

Postumi 252, 264.

Potentiores 195.

Potestas dominica 24, 37.

patria 37, 214—22.

Praedes 104, 127, 150.

litis et vindiciarum 82.

Praedia italica 68.

Praediatura (predjatura) 105.

Praedium dominans, serviens 61.

Praedictio 151

Praescriptio longi temporis 113

ordinaria, extraordinaria 11

Praestationes personales 84.

Praeteritio 363—4.
Praetor tutelaris 225.
Precarium 91—2, 104, 164.
Pretium 169—70.
Privilegium exigendi 212—3.
Procinctus 248.
Procurator przy aktach prawnych 176.
 in rem suam 194.
Prodigi 233.
Promissio 141.
 iurata operarum 141.
Proprietas 63.
Puberes 228.
Pulsatio 122, 181.

Quaestio lance et licio 124—5.
Quaestus (societas) 175.
Quarta Falcidia 283.
Quasi—kontrakty 139, 185—7.
Quasi—przestępstwa 139, 187.
Querela inofficiosae donationis 267.
 inofficiosi testamenti 265.
 non numeratae pecuniae 146, 189.

Rapina 184.

Receptum 178.
Remancipatio 73, 202.
Remissio mercedis 116.
Repudiatio 270.
Repudium 202, 204.
Res censui censendo 68.
 divini iuris 50.
 extra commercium 49.
 furtivae 75.
 hereditariae 236.
 mancipi, nec mancipi 67, 71, 110.
 publicae 49.
 religiosae 50.
 sacrae 50.
 sanctae 50.
 vi possessae 75.
Retentiones 212—3.
Revocatio in servitutem 34.
Rupitiae 126.

Satisfactio pro praede litis et vindictiarum 83.
 rem pupilli salvam fore 227.
Scriptura 156.
Senatusconsultum de Bacchanalibus 55.
Iuventianum 276.
Macedonianum 159.
Neronianum 280.

Orphitianum 259.
Pegasianum 283, 285.
Tertullianum 259.
Trebellianum 285.
Velleianum 232.
Sequestratio 164.
Servi patrz niewolnicy.
 nullius 24.
 poenae 30.
 publici 29.
 vicarii 29.
Slużebność 61—2, 76 9, 99—100.
Societas 175.
Socii 175.
Sodales 50.
Sodalitates 50, 55.
Solarium 101.
Solum Italicum 110.
Solutio 188—9.
Spatium deliberandi 270.
Specificatio 115.
Sponsio 135; 141—52.
 postępowanie per sponsiones 83.
Spurii 203.
Stabularii 178, 187.
Status 20.
 civitatis 34—6.
 controversia 46—8.
 familiae 36—40.
 inlaesae dignitatis 45.
 libertatis 20—34.
Stipulatio 141—52.
 Aquiliana 190.
 duplae 172.
 emptae et venditae hereditatis 273.
 partis et pro parte 284.
Stirpes 255.
Stuprum 203.
Substitutio 253—4.
Successio graduum et ordinum 243, 258—9.
Superficies 101.
Superscriptio 249.
Synallagma 166, 170.
Syngrapha 155.

Tabula testamenti 249—50.
Tabularius 251.
Talio 122.
Testamentifactio 252.
Testamentum 239, 245—54.
Testes 71, 131.
Thesaurus 115.
Titulus iustus 76.
Traditio 71, 76, 111.

quasi-traditio 100.
 Translatio possessionis 82.
 Transmissio 273—4.
 Transscriptio 153—4.
 Turbatio sanguinis 206.
 Turpitude 46.
 Tutela 222—34.

Unitas actus 251.

Usucapio 75—6, 113—5.

pro herede 271—2.

Usurae 160.

Usureceptio 76.

Usurpatio trinoctio 199.

Usus 75—6, 78.

jako forma małżeństwa 199,
 201.

Ususfructus 78.

maritalis 213.

Uterini 260.

Uxor 200.

indotata 261.

Vades 127, 142, 150.

Variae causarum figurae 139, 185.

Vectigal 102.

Venditio—patrz emptio.

hereditatis 285.

imaginaria 72.

nummo uno 72, 285.

trans Tiberim 217.

Verberatio 122, 181.

Vi domum introire 181.

Via 77.

Vicarius servus 29.

Vicesima hereditatum 254.

Vindicatio filii 48.

in libertatem 47.

in servitutem 47.

rei 64—5, 81—5.

servitutis 85.

Vindiciae 47, 82.

Vis maior 178.

Voconiana ratio 256, 259.

Votum 140.

Vulgo concepti 203.

